

Prinzipien der Leistungsverwaltung

Inauguraldissertation

**zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors
der Rechte der Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster**

vorgelegt von

Wolfgang Lepsin

aus Hamm / Westf.

1961



Digitized by the Internet Archive
in 2026

PRINZIPIEN DER LEISTUNGSVERWALTUNG

Inaugural - Dissertation
zur

Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms - Universität
zu Münster

vorgelegt

von Wolfgang Lepsien

aus Hamm/Westf.

1961

161
1. Berichterstatter; Prof. Dr. Wolff

2. Berichterstatter; Prof. Dr. Soupin

Dekan: Prof. Dr. Deutsch

Tag der mündlichen Prüfung: 18. Februar 1961



Meinen Eltern

Inhaltsübersicht

	Seite
<u>Erster Abschnitt:</u> Einleitung und Problemstellung: Verwaltungsrecht im Industrie- zeitalter	
§ 1 Einige soziologische Tatbestände des Industrie- zeitalters	34
§ 2 Das Verhältnis der öffentlichen Verwaltung zu Gesetz und Recht	36
§ 3 Die politischen Aspekte der modernen Verwaltungs- tätigkeit	40
<u>Zweiter Abschnitt:</u> Die Leistungsverwaltung	
§ 4 Begriff der Leistungsverwaltung, Notwendigkeit und Berechtigung einer Abgrenzung gegen die Ein- griffsverwaltung	41
a) Argumente im Schrifttum	41
b) Kritik	42
§ 5 Eigene Stellungnahme	
a) Soziologischer Erkenntnisgrund	44
b) Rechtssystematische Unterscheidung beider Verwaltungsarten	45
1. Formelles Unterscheidungsmerkmal: Verschiedenheit der Ordnungsebene	45
2. Materielle Unterscheidungsmerkmale	46
aa) Tätigkeitszweck	46
bb) Tätigkeitsmodus	47
cc) Tätigkeitsgrund	48
<u>Dritter Abschnitt:</u> Die Prinzipien der Leistungsver- waltung im allgemeinen	
§ 6 Begriff und Begrenzung des Untersuchungsgegen- standes	49

	Seite
a) Das Rechtsprinzip	50
aa) Limitierender Charakter	50
bb) Kategorischer Charakter	51
cc) Formaler Charakter	51
1. Das Rechtsprinzip als oberstes Prinzip der Leistungsverwaltung im Rechtsstaat	52
2. Die Rechtsgrundsätze	
aa) allgemeine	53
bb) besondere	53
cc) allgemeiner Rechtsgedanke und Rechtsgrundsatz	54
3. Mangelnde Rechtssatzqualität des Rechts- grundsatzes	54
4. Ausscheidung anderer Verwaltungsgrund- sätze iW.S.	54
aa) Die soziologischen Grundsätze	54
bb) Die Grundsätze der Verwaltungslehre	55
b) Das Machtprinzip	56
1. Verfassungsgestaltende Grundentscheidungen	57
aa) allgemeine	58
bb) besondere	59
2. Das Verhältnis der verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen zu den Rechtsgrundsätzen und zum Rechtsprinzip	59
7 Die Expositionsmethode	62
a) Allgemeines	62
b) Das Induktionsverfahren	62
c) Die Deduktionsmethode	63
d) Die Abstraktionsmethode	64
e) Undurchführbarkeit des Abstraktionsverfahrens und das Analogieverfahren	66

	Seite
<u>Vierter Abschnitt:</u> Die Prinzipien der Leistungs- verwaltung im besonderen	67
§ 8 Das Subsidiaritätsprinzip	67
a) Gesetzliche Grundlagen	67
aa) im Grundgesetz	67
bb) in den Gemeindeordnungen der Länder	67
cc) in anderen Einzelrechtssätzen	68
b) Das Subsidiaritätsprinzip im Schrifttum	68
c) Der Gehalt des Prinzips	71
1. Die erste Bedingung der Kompetenzübernahme (negative Subsidiarität)	71
2. Die zweite Bedingung der Kompetenzübernahme (positive Subsidiarität)	72
d) Formen der Subsidiarität	75
1. Solidarische Hilfeleistung	75
2. Institutionelle Hilfeleistung	75
e) Objekt und Ziel der Subsidiarität	77
1. Autotele Hilfeleistung	77
2. Heterotele Hilfeleistung	77
aa) Die freien Wohlfahrtsverbände	78
bb) Die Jugendverbände	78
cc) Die gemeinnützigen Wohnungsunternehmen	78
f) Das Subsidiaritätsprinzip als Rechtsgrundsatz	79
1. Das Subsidiaritätsprinzip als besonderer Rechtsgrundsatz	81
2. Das Subsidiaritätsprinzip als Fundamental- prinzip der Leistungsverwaltung	83
§ 9 Das Sozialprinzip (principium sociale)	86
a) Das materiale principium sociale	86
1. Subsidiarität und Daseinsvorsorge als Rechtsgrundsätze	86

	Seite
aa) Begriff der Daseinsvorsorge	86
bb) Identität zwischen den Prinzipien der Subsidiarität und der Daseinsvorsorge	89
2. Die verfassungsgestaltende Grundentscheidung der Daseinsgestaltung und ihr Verhältnis zum Rechtsprinzip	89
3. Die verfassungsgestaltende Grundentscheidung der Solidarität	94
4. Die verfassungsgestaltende Grundentscheidung der Soziabilität	97
b) Das formale Sozialprinzip	98
c) Verhältnis der Sozialprinzipien untereinander (funktionelle Integration) und zum Subsidiaritätsprinzip	99
d) Der Rechtscharakter der Sozialprinzipien	102
§ 10 Der Gegenseitigkeitsgrundsatz	106
a) Allgemeiner Gehalt des Obersatzes	106
1. Das synallagmatische Gesetz	106
2. Das Vergeltungsgesetz	) als Untersätze 106
b) Grundlagen im geltenden Recht	107
1. Versicherungsrecht	107
aa) Individualversicherung	107
bb) Sozialversicherung	108
cc) Rentenversicherung	110
2. Fürsorgerecht	110
3. Recht der Subventionen	111
4. Kriegsfolgenrecht	114
c) Das Verhältnis des Gegenseitigkeitsgrundsatzes zum Rechtsprinzip	116
1. Verhältnis des synallagmatischen Grundsatzes zum Rechtsgesetz	117
2. Verhältnis des Vergeltungsgesetzes zum Rechtsgesetz	119

	Seite
§ 11 Das Prinzip der Gleichheit	120
a) Die Gleichheit als allgemeiner Rechtsgrundsatz	120
b) Mehrschichtigkeit des allgemeinen Gleichheits- satzes	121
c) Verhältnis zum Rechtsprinzip	122
1. Die Gleichheit vor dem Gesetz	123
2. Das Kriterium der Sachlichkeit	124
aa) in eigener Sicht	125
bb) im Schrifttum	126
cc) in der Rechtsprechung	127
d) Die verpflichteten Subjekte	129
e) Die Berechtigungen aus dem Gleichheitssatz	130
1. Rechtsreflex	130
2. Abwehranspruch	130
3. Subjektiv-öffentliches Recht	132
f) Der Zuteilungsmaßstab	135
1. im Bereich der Daseinsvorsorge	135
2. Allgemeine Kriterien bei der Verteilung nicht existentieller Güter	137
g) Einschränkungen der Leistungspflicht auf Grund des Gleichheitssatzes	138
§ 12 Der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz	
(Vorbehalt des Gesetzes)	139
a) Der Rechtsgrundsatz der Gesetzmäßigkeit	140
b) Verhältnis zum Gleichheitssatz	142
c) Bedeutung für das rechtsstaatliche Verwaltungsrecht	142
d) Geltungskraft und Geltungsumfang in der Leistungsverwaltung im Spiegel des Schrift- tums und der Rechtsprechung	143
e) Kritik	148
1. Die rechtsstaatliche Auffassung	149
2. Die demokratische Auffassung	150

	Seite
3. Gesetzmäßigkeitsgrundsatz als institutionelle Freiheitsgarantie	150
aa) Gesetz als Schranke des Dürfens	151
bb) Gesetz als Schranke des Müssens	152
f) Das veränderte Verständnis des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes	152
1. Der Gesetzesbegriff und die soziologischen Tatbestände	153
2. Das Verhältnis von Gesetz und Verwaltung	156
aa) Der Verwaltungsstaat	158
bb) Maßnahmegesetz	160
cc) Unbestimmter Gesetzesbegriff	163
dd) Begriff des freien Ermessens	164
ee) Freigestaltende Verwaltung	164
3. Die negative Gesetzmäßigkeit	165
g) Zusammenfassung	168
<u>Fünfter Abschnitt:</u> Die Gestaltungsprinzipien der Leistungsverwaltung	170
§ 13 Unterscheidung nach der Leistungs <u>form</u>	170
a) Das Versorgungsprinzip	171
1. Das Prinzip der sozialen Vorsorge (Sicherungsversorgung)	171
aa) Die allgemeine Versorgung, gerichtet auf Daseinsvorsorge	171
bb) Die allgemeine Versorgung, gerichtet auf Daseinsgestaltung	173
cc) Das Finalprinzip	174
2. Das Entschädigungsprinzip	174
aa) Die Sonderversorgung	175
bb) Das Kausalprinzip	175
b) Das Versicherungsprinzip	176

	Seite
1. Die Individualversicherung	176
2. Die Sozialversicherung	177
c) Das Fürsorgeprinzip	178
1. Allgemeine und Sonderfürsorge	178
2. Unterscheidung nach dem Zeitpunkt des Eintritts der Fürsorge	179
3. Unterscheidung nach der Art der Fürsorge	179
4. Unterscheidung nach der Form der Fürsorge	179
5. Besondere Fürsorgezweige	180
d) Die Problematik der Gestaltungsprinzipien	181
1. Das Prinzip der Vorteilsausgleichung	183
2. Das Prinzip der clausula rebus sic stantibus	183
§ 14 Unterscheidung nach der Leistungs <u>art</u>	185
I. Die Geld- und geldeswerten Leistungen	185
a) Die Geld- und geldeswerten Zuwendungen	186
b) Die geldeswerte Gewährleistung	186
II. Die nicht geldeswerten Leistungen des Staates	187
a) Die soziale Gesetzgebung	187
b) Bereitstellung institutioneller Autorität	187
c) Vorrangige Begünstigung	187
<u>Sechster Abschnitt:</u> Rechtsgrundsatz und Rechtssatz	188
§ 15 Das Verhältnis ihrer Anwendbarkeit	188
§ 16 Das Verhältnis ihrer Geltungskraft	189

Schrifttumsverzeichnis

- Abendroth Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaats im GG der Bundesrepublik Deutschland: Festschrift für Ludwig Bergsträsser, S. 279-300.
- Achinger Soziale Sicherheit, Stuttgart 1953.
- v. Altrock Der Standort der Sozialversicherung im Rechtsgefüge; Sozialreform und Sozialrecht, Festschrift für W. Bogs, Berlin 1959, S. 14-40.
- Antoniolli Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1954.
- Arnisäus, Henning "De Jure Majestatis Libri Tres", Frankfurt 1610.
- Bachof Die Verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen 1951.
- Bachof Besprechung von Obermayer, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt: AöR 82 (1957), S. 416-449.
- Ballerstedt Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, AöR Bd. 74 (1948), S. 129-157.
- Ballerstedt Wirtschaftsverfassungsrecht: Die Grundrechte, herausgegeben v. Bettermann-Scheuner-Nipperdey, Berlin 1958, Bd. III, S. 1-90.
- Bäumlin Die rechtsstaatliche Demokratie, Zürich 1954.
- Becker, Erich Funktionenhaushalt und Verwaltungsaufgaben, KKZ 57, 106 - 110.
- Becker, Erich Stand und Aufgaben der Verwaltungswissenschaft: Festschrift für

- Friedr. Giese, Frankfurt 1953, S.9 ff.
- Becker, Erich Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDStRL Heft 14, (1956), S. 105-135.
- Berger Bedeutung und Tragweite des Grundsatzes vom sozialen Rechtsstaat, insbes. für das Arbeitsrecht: Die Betriebsverfassung 1955, (8), S. 4 - 10.
- Bleibtreu Demokratie, Soziales Prinzip und Rechtsstaat, in: Verantwortung für den Menschen, Beiträge z. gesellschaftlichen Problematik der Gegenwart, S. 100 - 112, Stuttgart 1957.
- Böckenförde, Ernst Gesetz und gesetzgebende Gewalt,
Wolfgang Berlin 1958.
- Böckenförde, Werner Der Allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, Berlin 1957.
- Böttcher Strukturwandel der Gesellschaft und Reform der Sozialpolitik: Sozialpolitik und Sozialreform, Tübingen 1957, S. 154 - 166.
- Böttcher Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, RdA 1953, 161 - 169.
- Bogs Grundfragen des Rechts der sozialen Sicherheit und seiner Reform, Berlin 1955.
- Bogs Probleme der Sozialreform, DöV 55, 621 - 625.
- Brohm Rechtsschutz im Bauplanungsrecht, Res publica, Beiträge z. Öffentlichen Recht, S. 3 ff., Stuttgart 1959.
- Burckhardt, Walther Methode und System des Rechts, Zürich 1936.

- Coing Die obersten Grundsätze des Rechts,
Ein Vers. zur Neugründung des Natur-
rechts, Heidelberg 1947.
- Coing Grundzüge der Rechtsphilosophie,
Berlin 1950.
- Darmstaedter Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechts-
staats, Heidelberg 1930.
- Darmstaedter Der Begriff "Recht" in Art. 20 III
GG, NJW 57, 769 - 772.
- Dersch Der Verfassungsgrundsatz der Sozial-
staatlichkeit und Rechtsstaatlichkeit
und der Praxis der Sozialversicherung:
Sozialreform und Sozialrecht, Fest-
schrift für W. Bogs, Berlin 1959,
S. 59 - 70.
- Draht Zur Soziallehre und Rechtslehre vom
Staat, ihren Gebieten und Methoden,
Festg. f. Rudolf Smend, Göttingen
1952, S. 41 - 58.
- Dürig Der Staat und die vermögenswerten öf-
fentlich-rechtlichen Berechtigungen
seiner Bürger, Festschrift für W.
Apelt, S. 13 - 56, München und Berlin
1958.
- Dürig Der Grundrechtssatz von der Menschen-
würde, AÖR 81, (1956), S. 117 - 157.
- Dürig Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrts-
staat, JZ 1953, 193 - 199.
- Ebbinghaus Sozialismus der Wohlfahrt und Sozialis-
mus des Rechts, SJZ 1947, 138 - 150.
- Eckert Sozialversicherungsgesetze, Lose -
blattsammlung, C.H. Beck, München und
Berlin.

- Ehlermann Wirtschaftslenkung und Entschädigung,
Heidelberg 1957.
- Eichler Recht: Handbuch der Soziologie, her-
ausgegeben von W. Ziegenfuss, Stutt-
gart 1956, S. 913 - 937.
- Eisler Wörterbuch der philos. Begriffe, 4.
Auflage, Berlin 1923.
- Emge Sicherheit und Gerechtigkeit,
Berlin 1940.
- Emge Einführung in die Rechtsphilosophie,
Frankfurt - Wien 1955.
- Eschenburg Staat und Gesellschaft in Deutschland,
1. Auflage, Stuttgart 1956.
- Esser Grundsatz und Norm in der richter-
lichen Fortbildung des Privatrechts,
Tübingen 1956.
- Esser Einführung in die Grundbegriffe des
Rechts und Staats, Wien 1949.
- Fechner Freiheit und Zwang im soz. Rechtsstaat,
Recht und Staat, H. 174 (1953),
Tübingen 1953.
- Fechner Rechtsphilosophie, Tübingen 1956.
- Fischerhoff Daseinsvorsorge und wirtschaftliche
Betätigung der Gemeinden, DÖV 1960,
41 - 46.
- Fischerhoff Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas,
Elektrizität und öffentliche Verwal-
tung, DÖV 57, 305 - 316.
- Fleiner Zur Technik des Verwaltungsrechts,
Festgabe zum Schweiz. Juristentag,
1928, S. 1 ff.
- Fleiner Institutionen des Deutschen Verwal-
tungsrechts, 8. Auflage, Tübingen 1928.

- Forsthoff Verfassungs-Probleme des Sozialstaats, Münster 1954.
- Forsthoff Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart, Berlin 1938.
- Forsthoff, Bachof u.a. Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL H. 12 (1954) 8 - 128.
- Forsthoff Die Daseinsvorsorge und die Kommunen, Köln 1958.
- Forsthoff Lehrbuch des Verwaltungs-Rechts, Bd.I : Allgemeiner Teil, 7. Auflage 1958, München und Berlin.
- Forsthoff Anm. zum Urteil des BVerwG vom 24.10. 1956 - DVBl. 57, 724 ff.
- Forsthoff Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, Festschrift für Carl Schmitt, Berlin 1959, S. 35 - 62.
- Freyer Das soziale Ganze und die Freiheit des Einzelnen unter den Bedingungen des industriellen Zeitalters, Göttingen - Berlin - Frankfurt 1957.
- Freyer Theorie des gegenwärtigen Zeitalters, Stuttgart 1955.
- Freyer Die Idee der Freiheit im technischen Zeitalter, Festschrift für Carl Schmitt, Berlin 1959, 63 - 70.
- Friesenhahn Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts, in RStW Bd. II, S. 239 - 281.
- Galperin Der Grundsatz der Gleichbehandlung, RdA 1953, 169 - 172.
- Gehlen Sozialpsychologische Probleme in der industriellen Gesellschaft, Tübingen 1949.

- Gehlen Soziologische Voraussetzungen im gegenwärtigen Staat, Probleme der Sozialordnung, Beilage zur Staatszeitung für Rhld.-Pfalz, Nr. 1 vom 15.1.1956.
- Geiger Der Gleichheitssatz und der Gesetzgeber: Staats- und verwaltungswissenschaftliche Beiträge, herausgegeben v. d. Hochschule für Verwaltungswissenschaften, Speyer, Stuttgart 1957, S. 167 - 181.
- Gerber Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes, AöR Bd. 81 (1956), S. 1-54.
- Gerstenmaier Statthalter der Freiheit, aus Bulletin v. 11.4.1957 Nr. 70, S. 605: Arbeit und Sozialpolitik 1957, S.157.
- Grewe Der Begriff des Sozialstaats in der deutschen Verfassungsentwicklung: Der Arbeitgeber, 1951, S. 39 ff. - 42.
- Haase Zur Kumulierung von Sozialleistungen: Sozialreform und Soz.-Recht, Festschrift für Bogs, S. 107 - 124.
- Haenel Deutsches Staatsrecht, I. Band, Leipzig 1892.
- Hamann Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, Heidelberg 1953.
- Hamann Die Ermessensfreiheit der Gesetzgebung, NJW 55, 969 - 972.
- Hamann Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, Neuwied, Berlin, Darmstadt 1958.
- Hamann Wirtschaftswerbung im Rundfunk und Fernsehen, NJW 57, 1422 - 1425.
- Hamel Die Bedeutung der Grundrechte im soz. Rechtsstaat, Berlin 1957.

- Haug Die Schranken der Verfassungsrevision, Studien zur Staatslehre und Rechtsphilosophie, H. 2, Zürich 1947.
- Hayek Was ist und was heißt "sozial"; Masse und Demokratie, Volkswirtschaftliche Studien für das Schweizer Institut für Auslandsforschung, Erlenbach-Zürich und Stuttgart 1957, S.71 -84.
- Heck Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932.
- Henze Verwaltungsrechtliche Probleme der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater, Heidelberg 1958.
- Herrnritt Grundlehren des Verwaltungsrechts, Tübingen 1921.
- Hesse Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AöR Bd. 77 (1951/52), S. 167-224.
- v.d.Heydte Staat: Handbuch der Soziologie, herausgegeben von W. Ziegenfuss, Stuttgart 1952, S. 938 - 969.
- Höffner Die soz. Gerechtigkeit und die überlieferte abendländische Gerechtigkeitslehre, Festschrift für Karl Arnold, Köln und Opladen 1955, S. 35 - 48.
- Huber Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Auflage, Bd. I, 1953 ; Bd. II, 1954; Tübingen.
- Huber Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaats, Festschrift für Giacometti, Zürich 1953, S. 59 - 88.
- Huber Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht (Schluß), DöV 56, 200-207.

- Hueck Der Sozialstaatsgedanke in der Rechts-
sprechung des BAG, Festschrift für
Apelt, S. 57 - 72, München und Ber-
lin 1958.
- Imboden Der verwaltungsrechtliche Vertrag,
Basler Studien zur Rechtswissenschaft,
Heft 48, Basel 1958.
- Imboden Das Gesetz als Garantie rechtsstaat-
licher Verwaltung, Basler Studien
zur Rechtswissenschaft, Heft 38,
Basel und Stuttgart 1954.
- v. Inama-Sternegg Verwaltungslehre, Innsbruck 1870.
- Ipsen Rechtsgutachten über das Verfahren
und den Rechtsschutz bei Gewährung und
Verweigerung von Ausfallbürgschaften
des Bundes für die Filmproduktions-
kredite vom 17.12.51 (unveröffent-
licht).
- Ipsen Gleichheit: Die Grundrechte Bd. II,
herausgegeben von Neumann-Nipperdey-
Scheuner, S. 111 - 199.
- Jahrreiss Die staatsbürgerliche Gleichheit,
HdDStR II, § 103, S. 624 - 657.
- Jahrreiss Die Wesensverschiedenheit der Akte des
Herrschens und das Problem der Ge-
waltenteilung: Vom BGG zur gesamt-
deutschen Verfassung - Festschrift
für Nawiasky, S. 119-140.
- Janssen Probleme des Wohlfahrtsstaates: Ver-
antwortung für den Menschen, Beiträge
zur gesellschaftlichen Problematik der
Gegenwart, S. 125 - 138.
- Jaspers Die geistige Situation der Zeit, 4.
unveröff. Abdruck der 5. Aufl. 1932;
Berlin 1955.

- Jehle Fürsorgerecht, Handkommentar, 3. Auflage, München 1958.
- Jellinek Verwaltungsrecht, 3. durchges. Auflage, Offenburg 1950.
- Jellinek, Georg System der subjektiv öffentlichen Rechte, 2. Auflage, Tübingen 1919, S. 294 (Neudruck der Ausgabe von 1905).
- Jellinek, Georg Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage, 6. Neudruck, Darmstadt 1959.
- Jerusalem Die Grundrechte des Bonner Grundgesetzes und ihre Durchsetzung in der Rechtsprechung, SJZ 50, 2-7.
- Jesch Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR 82 (1957), S. 163 - 249.
- Kägi Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staats, Zürich 1945.
- Kaufmann Die Gleichheit vor dem Gesetz i.S. d. Art. 109 WRV; VVDStRL 3 (1927), S. 2 - 24.
- Kaufmann Verwaltung, Verwaltungsrecht, WbStVR 1914, Bd. III S. 688 ff.
- Kelsen Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tübingen 1911.
- Kelsen Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925.
- Kern Die Grenzen der naturrechtlichen Rechts-erneuerung in Justiz und Verwaltung, MDR 49, 137 ff.
- Kern Zur heutigen Grundlagenproblematik des Verwaltungsrechts, ARSPH Bd. 43 (1957) H. 4 S. 505 - 518.
- Kern Aspekte des Verwaltungsrechts im Industriezeitalter, Festschrift für

- Carl Schmitt, Berlin 1959, S. 81-101.
- Kipp Mensch, Recht und Staat, Köln 1947.
- Kitz Das Fürsorgeprinzip bei der Sozialreform, Der Städtetag 1954, 518 ff.
- Klein Verordnungsermächtigungen nach Deutschem Verfassungsrecht: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, Wissenschaftliche Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten e.V., Bd. 12, Frankfurt a.M. 1952.
- Klein Tragweite der Generalklausel im Art. 19 IV BGG, VVDRStL, Heft 8, 67 -125.
- Köttgen Grundgesetz und Beamtenrecht: Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. IV, S. 227 ff.
- Köttgen Die erwerbswirtschaftliche Bestätigung der öffentlichen Hand und das öffentliche Recht, "Recht und Staat", H.59, Tübingen 1928.
- Köttgen Subventionen als Mittel der Verwaltung, DVBl. 53, 485 - 491.
- Köttgen Die gegenwärtige Lage der deutschen Verwaltung, DVBl. 57, 441 - 449.
- Krause Der verteilende Staat, Festschrift für Gieseke, Karlsruhe 1958, S.1 - 19.
- Krause Die Zuteilungsordnung als Problem des Wirtschaftsrechts, ZAKDR 1944, 95 - 99.
- Kreutzer Verwaltung: Fischer Lexikon, Staat und Politik, herausgegeben von E. Fraenkel und Karl Dietr. Bracker, Frankfurt 1957, S. 306 - 311.
- Krüger Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, DVBl. 55, 450 - 457.

- Küchenhoff, Günther Staatsverfassung und Subsidiarität,
in Utz, Das Subsidiaritätsprinzip,
S. 67 ff.
- Küchenhoff Gleichheit und Ungleichheit im Ver-
fassungsrecht, JR 59, 281 ff.
- Küchenhoff, Günther
und Erich Allgemeine Staatslehre, Stuttgart
und Köln 1951.
- Legaz y Lacambra Die Funktion des Rechts in der moder-
nen Gesellschaft, ARSPH Bd. XLI, S.
165 - 180.
- Leibholz Die Gleichheit vor dem Gesetz, AöR NF
Bd. 12, H. 1, S. 1 - 36.
- Leibholz Die Gleichheit vor dem Gesetz (1. Auf-
lage 1925), (2. Auflage 1959), Mün-
chen und Berlin 1959.
- Leibholz Die Gleichheit vor dem Gesetz und das
Bonner GG, DVBl. 51, 193 ff.
- Link Das Subsidiaritätsprinzip, sein Wesen
und seine Bedeutung für die Sozialethik,
Freiburg 1955.
- Löwenstein Verfassungsrecht und Verfassungsre-
alität, AöR Bd. 77, (1951/52), 387 ff.
- Lorenz Gesellschaft als Lebenszusammenhang;
Handbuch der Soziologie, herausgege-
ben von W. Ziegenfuss, Stuttgart 1952,
S. 331 - 395.
- Loschelder-Klüber Die Wahrung der öffentlichen Sicher-
heit und Ordnung in ihrem Verhältnis
zur Leistungsverwaltung, DVBl. 57,
205 - 211.
- Maiwald Freiheit und Gleichheit in der moder-
nen Industriegesellschaft, ARSPH Bd.
XLI (1954) 181 - 201.

- Merkel Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien-Berlin 1927.
- Menger Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach den Zwecken, Mitteln und Formen des Verwaltungshandelns, DVBl. 60, 297 - 303.
- Menger Höchststrichterliche Rechtsprechung z. Verwaltungsrecht, VerwArch 50 (1960), 149 ff.
- v. Münch Staatliche Wirtschaftshilfe und Subsidiaritätsprinzip, JZ 60, 303 - 306.
- Muthesius Fürsorgerecht, Berlin 1928.
- Messner Das Naturrecht, Innsbruck - Wien 1950.
- Messner Die soziale Frage, 6. Auflage, Innsbruck-Wien-München 1956.
- Messner Das Naturrecht im positiven Recht, Österr. Zeitschrift für öffentliches Recht, N.F. Bd. IX H 2, Wien 1958, S. 129-150.
- von Mohl Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, I, 2. Auflage, Tübingen 1866.
- Molitor Kausal- und Finalprinzip: Sozialpolitik und Sozialreform, Tübingen 1957, S. 245 - 254.
- Nahm Sozialaufgaben der öffentlichen Verwaltung, Probleme der Sozialordnung, Beilage zur Staatszeitung für Rhld.-Pfalz, Nr. 1 vom 15.1.1956.
- Nawiaskey Allgemeine Staatslehre, Einsiedeln-Zürich: Köln 1955.
- v. Nell-Breuning Bedürfnisprüfung oder Bedürfnis: Richter, Die Sozialreform, Bd. 5 Ziff. N. VI S. 1 - 3.

- v. Nell-Breuning Solidarität und Subsidiarität im
Raume von Sozialpolitik und Sozial-
reform: Sozialpolitik und Sozialre-
form, Tübingen 1957, S. 213 - 226.
- v. Nell-Breuning Das Subsidiaritätsprinzip als wirt-
schaftliches Ordnungsprinzip: Wirt-
schaftliche Entwicklung und soziale
Ordnung, Degenfeld-Festschrift, her-
ausgegeben von Lagler-Messner, Wien
1952, S. 87 f.
- Nelson Kritik der praktischen Vernunft,
Leipzig 1917.
- Nelson System der philosophischen Rechtslehre,
Leipzig 1920.
- Neumann Wirtschaftslenkende Verwaltung, res
publica, Stuttgart 1959.
- Nikisch Arbeitsrecht, 2. Auflage, Tübingen
1955.
- Nipperdey Die Würde des Menschen, Die Grund-
rechte, herausgegeben von Neumann-
Nipperdey-Scheuner, Bd. II, S. 1 - 50.
- Obermayer Verwaltungsakt und innerdienstlicher
Rechtsakt, Stuttgart-München-Hannover
1956.
- Olbersdorf Soz. Rechtsstaat und Arbeitsrecht,
Arbeit und Recht, 1955, S. 129 - 140.
- Peters, Hans Der Kampf um den Verwaltungsstaat,
Festschrift für Laforet, S. 19 - 36,
München 1952.
- Peters, Hans Die Wandlungen der öffentlichen Ver-
waltung in der neuesten Zeit, Krefeld
1954.
- Peters, Hans Lehrbuch der Verwaltung, Berlin,
Göttingen, Heidelberg 1949.

- Petraschek System der Rechtsphilosophie, Freiburg i.Br. 1932.
- Quante Grundsätze der Versorgung, Versicherung und Fürsorge: Sozialpolitik und Sozialreform, Tübingen 1957, S. 227 - 244.
- Radbruch Rechtsphilosophie, 4. Auflage, Stuttgart 1950.
- Reinhold Innere und äußere Freiheit im Wohlfahrtsstaat, Zeitschr. f. Soz. Ref. 59 (H. 8), S. 529-540.
- Reuss Der Wohlfahrtsstaat, JR 1958, 1 - 4.
- Rittig Theoret. Grundlagen der Sozialisierung: Untersuchungen zur Sozialgestaltung der Wirtschaftsordnung, herausgegeben von W. Weddigen, Berlin 1950, S. 143- 188.
- Rogge Flüchtlingsverwaltung, Flüchtlingsrecht und Sozialstaat, DVBl. 56, 37-42.
- Rohwer-Kahlmann Die Rechtsnatur des Versorgungsanspruchs nach dem Bundesversorgungsgesetz: Sozialreform und Sozialrecht, Festschrift für Bogs, S. 303 - 315.
- Rohwer-Kahlmann Die Einwirkung verfassungsrechtlicher Normen auf das Recht der sozialen Sicherheit, NJW 60, 1641 - 1645.
- Roos Der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung und seine Bedeutung für die Anwendung des Verwaltungsrechts: Rechtsquellenprobleme im Schweiz. Recht, Berner, Festgabe für den Schweiz. Juristenverein, 1955, Bern 1955, S. 117 - 136.
- Ruck Schweizerisches Verwaltungsrecht, Bd. 1: Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich 1951.
- Rasch Die Behörde, VerwArch 50 (1959), S. 1 ff.

- Reuss Freiheit und Bindung der Verwaltung im Rechtsstaat, DVBl. 59, 533 - 537.
- Rudolph Grenzen soz. Institutionen: Verantwortung für den Mensch, Beiträge zur gesellschaftlichen Problematik der Gegenwart, Stuttgart 1957, S. 20-27.
- Rümelin Die Gerechtigkeit, Tübingen 1920.
- Rupp Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen Träger hoheitlicher Gewalt, DVBl 58, 113 - 120.
- Rupp Verwaltungsakt und Vertragsakt, DVBl. 59, S. 81 - 87.
- v. Sarwey Allgemeines Verwaltungsrecht, Freiburg 1. Br. 1887.
- Scheuner Ausländische Erfahrungen zum Problem der Übertragung rechtsetzender Gewalt; Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, Frankfurt 1952.
- Scheuner Grundfragen des modernen Staates: Recht, Staat, Wirtschaft Bd. 3, S. 126 ff, Düsseldorf 1951.
- Schewe Über den sozialen Ausgleich in der Rentenversicherung, in: Sozialreform und Sozialrecht, Festschrift für Bogs, S. 333 - 364.
- Schieckel Gegenwartsprobleme der Sozialversicherung, München 1947.
- Schindler, Dietrich Die Bundessubvention als Rechtsproblem, Diss. Zürich 1951.
- Schmidt Gemeinsame Grundsätze im öffentlichen Leistungs- und Enteignungsrecht? , DÖV 57, 489 - 496.
- Schmidt, Carl Legalität und Legitimität: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den

- Jahren 1924 - 1954, Berlin 1958,
S. 263 - 350.
- Schmitt, Carl Die Diktatur des Reichspräsidenten ,
VVDSt RL 1 (1924) S. 63 - 104.
- Simitis Die faktischen Vertragsverhältnisse,
Frankfurt 1957.
- Smend Verfassung und Verfassungsrecht:
Staatsrechtliche Abhandlungen, Berlin
1955; S. 119 - 277.
- Spanner Organisationsgewalt und Organisa-
tionsrecht, DÖV 1957, 640 - 643.
- Spiroquoulos Die allgemeinen Rechtsgrundsätze im
Völkerrecht, Kiel 1928.
- Stern Zur Grundlegung einer Lehre des öffent-
lich-rechtlichen Vertrages, VerwArch
49 (1958), 106 ff.
- Stern Rechtsfragen der öffentlichen Sub-
ventionierung Privater, JZ 60, 518 -
525, 557 - 562.
- Stadler Subsidiaritätsprinzip und Föderalis-
mus, Freiburg/Schweiz 1951.
- Stamm Zur Verwirklichung des sozialstaat-
lichen Prinzips, JZ 1955, S. 149 - 151.
- von Stein, Lorenz Handbuch der Verwaltungslehre, 3. Teil:
Die Verwaltung und das gesellschaft-
liche Leben, 2. Auflage, Stuttgart
1888.
- von Stein, Lorenz Die Verwaltungslehre, Stuttgart 1866.
- Süsterhenn Das Subsidiaritätsprinzip als Grund-
lage der vertikalen Gewaltenteilung,
Festschrift Nawiasky, München 1956,
S. 141 ff.
- Thielicke Theolog. Ethik, II. Bd., 2. Teil:

- Ethik des Politischen, Tübingen 1958.
- Thieme Liberalismus und Grundgesetz, ZStGW
113 (57), S. 285 - 300.
- Thoma Der Vorbehalt der Legislative und
das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der
Verwaltung und Rechtsprechung, HdDStR
II, 476, S. 221 - 236.
- Ule Über das Verhältnis von Verwaltungs-
staat und Rechtsstaat, Staatsrecht
u. verwaltungswissenschaftliche Bei-
träge, herausgegeben v. der Hochschu-
le für Verwaltungswissenschaften
Speyer, Stuttgart 1957, S. 127 - 165.
- Ule Anm. zum Urteil des OVG Lüneburg vom
22.6.1955, DVBl. 56, S. 25 - 27.
- Utz Sozialethik: Sammlung Politeia, I.
Teil: Die Prinzipien der Gesellschafts-
lehre, Heidelberg 1958.
- Utz Das Subsidiaritätsprinzip: Sammlung
Politeia, Bd. I, Heidelberg 1953.
- Utz Formen und Grenzen des Subsidiaritäts-
prinzips: Sammlung Politeia, Heidel-
berg 1956.
- des Vecchio Die Grundprinzipien des Rechts,
Berlin 1923, Beiheft Nr. 16 zum Arch.
für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie.
- v.d. Ven Organisation, Ordnung und Gerechtig-
keit: Utz, das Subsidiaritätsprinzip,
S. 45 ff.
- Wagner Grundlegung der politischen Ökonomie,
3. Auflage, 1. Teil, 2. Halbband,
Leipzig 1893.

- Trude Der Begriff der Gerechtigkeit in der aristotelischen Rechts- und Staatsphilosophie, Neue Kölner rechtswiss. Abhandlungen H. 3, 1955.
- Weber, Max Staatssoziologie, Berlin 1956.
- Weber, Max Wirtschaft und Gesellschaft, 1. und 2. Halbband, 4. neu herausgegebene Auflage, Tübingen 1956.
- Weber, Werner Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 2. Auflage, Stuttgart 1958.
- Weber, Werner Gegenwartsprobleme der Verwaltungsordnung, DÖV 51, 509 ff.
- Weber, Werner Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem, Festschrift für C.Schmitt, S. 253 - 272, Berlin 1959.
- Weddigen Grundzüge der Sozialpolitik und Wohlfahrtspflege, Stuttgart 1957.
- Weddigen Zur Theorie der Wirtschaftslenkung und Sozialisierung: Untersuchungen zur soz. Gestaltung der Wirtschaftsordnung, herausgegeben von W. Weddigen, Berlin 1950, S. 45 - 83.
- Weisser Grundsätze der Verteilungspolitik: Grundsatzfragen der Wirtschaftsordnung, Wirtschaftswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 2, Berlin 1954, S. 41-70.
- Werner Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl. 59, S. 527-533.
- Werner Sozialstaatliche Tendenzen in der Rechtsprechung, AöR 81 (1956), S. 84 - 103, Tübingen 1956.
- Werner Wandlung des Polizeibegriffs?, DVBl. 57, 806 ff.

- Wernicke Bonner Kommentar zum GG, Kommentierung zu Art. 20 GG, Hamburg 1950, Loseblattsammlung.
- Werthenbruch Grundgesetz und Menschenwürde, Köln-Berlin, 1958.
- Wintrich Zur Problematik der Grundrechte, Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes NRW, Heft 71, Köln und Opladen 1958.
- Witten Subventionen in der Rechtsprechung, DVBl. 58, S. 699 - 701.
- Wolany Vom Sozialstaat und soz. Recht, Form der Rechtsphilosophie, herausgegeben von E. Sauer, Köln 1950, S. 141 ff.
- Wolff, Hans Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, AöR Bd. 76 (1950/51), S. 205 - 217.
- Wolff, Hans Über die Gerechtigkeit als principium iuris, Festschrift für W. Sauer, 1949, S. 103 - 120.
- Wolff, Hans Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen: Gedächtnisschrift für W. Jellinek 1955, S. 33 - 41.
- Wolff, Hans Der Abwendungsanspruch aus öffentlichen Reflexrechten, insbesondere im Fürsorgerecht, Festschrift zur Feier des 25jährigen Bestehens der Westf. Verwaltungsakademie Münster und der Verwaltungs- und Wirtschaftsakademie Industriebezirk, Sitz Bochum, Münster, Berlin-Bad Godesberg 1950, S. 119 - 136.

- Wolff, Hans Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft, Studium generale 1952, S. 195 - 205.
- Wolff, Hans Verwaltung und Recht, Kommunalpolitik 1948, S. 131 - 136.
- Wolff, Hans I. Verwaltungsrecht I, 3. Auflage, München und Berlin 1959.
- Wolff, Hans Organschaft und Juristische Person (Bd. I), Juristische Person und Staatsperson, Berlin 1933.
- Wolf, Erik Das Problem der Naturrechtslehre, 2. Auflage, Karlsruhe 1959.
- Welzel Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 2. Auflage, Göttingen 1955.

Abkürzungsverzeichnis

aM	anderer Meinung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (seit 1886; bis 1910: Archiv für öffentliches Recht) (zitiert nach Band und Seite)
ARSPh.	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (seit 1907; bis 1932: Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie) (zitiert nach Band und Seite)
AS	amtl. Sammlung der Entscheidungen
BAG	Bundesarbeitsgericht
bayVGH	(bayerischer) Verwaltungsgerichtshof
bayVGHE	wie bayVfGHE, I. Teil.
bayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter (NF seit 1955) (zitiert nach Jahr und Seite)
BA	Bundesanzeiger
BB	Der Betriebsberater (Zeitschrift seit 1946) (zitiert nach Jahr und Seite)
BBBl.	Bundesbaublatt (seit 1952) (zitiert nach Jahr und Seite)
BEG	Bundesergänzungsgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Ver- folgung (Bundesentschädigungsgesetz - BEG) vom 29. Juni 1956 (BGBl. I 562)
Begr.	Begründung
Betr.Verf.	Zeitschrift Betriebsverfassung (zitiert nach Jahr und Seite)
BGBI. I	Bundesgesetzblatt, seit 1949, Bundesgesetz- bl. Teil I, seit 1951.
BLG	Bundesleistungsgesetz vom 19. Oktober 1956 (Sartorius 151)
BdI	Bundesminister des Innern
BR	Bundesrepublik

BuEVGes	Bundesevakuiertengesetz v. 14.7.53 idF v. 5.10.57
BVG	Gesetz über die Versorgung der Opfer des Krieges (Bundesversorgungsgesetz) i.d.F. v. 6 Juni 1956 (BGBl I 469)
BVFG	Gesetz über die Angelegenheiten der Ver- triebenen und Flüchtlinge (Bundesvertrie- benengesetz) i.d.F. vom 15. August 1957 (Sartorius 118)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DGO	Die Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935 (RGBl. I 39)
Die Verwaltung	Schriftenfolge; herausgegeben von Fried- rich Giese, 4. Aufl 1957 (zitiert nach Heft und Seite)
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift seit 1947) (zitiert nach Jahr und Seite)
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt: Fortsetzung des Reichsverwaltungsblatts (zitiert nach Jahr und Seite)
E	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des davor genannten Gerichts
RPflVO	(Reichs-)Verordnung über die Fürsorge- pflicht vom 13. Februar 1924 (Sartorius 15)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutsch- land vom 23. Mai 1949 (Schönfelder 1; Sartorius 66)
GMB1	Gemeinsames Ministerialblatt, hrsgg.v. Bundesministerium des Innern (seit 1950)
H	Heft

HdbDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts, herausgegeben v. Anschütz und Thoma. I. Band, Tübingen 1930; II. Band, Tübingen 1932.
i.d.F.	in der Fassung
idR	in der Regel
ieS	im engeren Sinne
iwS	im weiteren Sinne /
JR	Juristische Rundschau (seit 1947) (zitiert nach Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung, 6. Jahrgang der Deutschen Rechtszeitschrift und der Süddeutschen Ju- ristenzeitung (seit 1941) (zitiert nach Jahr und Seite)
Kommunalpolitik	Kommunalpolitik (Zeitschrift 1948-1949) (zitiert nach Jahr und Seite)
LAG	Gesetz über den Lastenausgleich vom 14. August 1952 (BGBl. I 446)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (seit 1947) (zitiert nach Jahr und Seite)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (seit 1947) (zitiert nach Jahr und Seite bzw. Spalte)
OVG	Oberverwaltungsgericht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift seit 1948) (zitiert nach Jahr und Seite)
Rechtspr.	Rechtsprechung
RGrS	Reichsgrundsätze
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RStW	Recht-Staat-Wirtschaft, Schriftenreihe für Staatswissenschaftliche Fortbildung, herausgegeben von Wandersleb, I. Stuttgart

und Köln 1949, II. Stuttgart und Köln 1950,
III. Düsseldorf 1951, IV. Düsseldorf 1953.

SchwerbeschG	Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter (Schwerbeschädigtengesetz) vom 16. Juni 1953 (BGBI. I 389)
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
StT	Der Städtetag, Zeitschrift für komm. Praxis und Wissenschaft
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VO	Verordnung
VR	Verwaltungsrechtslehrbuch
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (seit 1924) (zitiert nach Heft und Seite)
VwArch	Verwaltungsarchiv (1893-1942 und seit 1957) (zitiert nach Band und Seite)
VwRSpr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland. Herausgegeben von G. Ziegler (seit 1949) (zitiert nach Band und Seite)
WBG	2. (Bundes-) Wohnungsbaugesetz vom 27. Juni 1956
WbStVR	Wörterbuch des Staats- und Verwaltungsrechts
WRV	Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919 (Weimarer Reichsverfassung) (Sartorius Anhang 3)
wUEVRO	Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg. Entwurf eines Gesetzes mit Begründung, Stuttgart 1931.
ZfSozRef	Zeitschrift für Sozialreform (seit 1955) (zitiert nach Jahr und Seite)

ZgesStW

Zeitschrift für die gesamte Staatswissen-
schaft (105. Band 1949 ff.) (zitiert nach
Band und Seite)

ZPO

Zivilprozeßordnung

Erster Abschnitt: Einleitung und Problemstellung:

Verwaltungsrecht im Industriezeitalter.

§ 1: Die soziologischen Tatbestände.

Wert und Rechtfertigung jeder rechtlichen Ordnung liegen in ihrer Funktionsbewährung im Sozialgeschehen ¹⁾. Jede Wissenschaft von der öffentlichen Verwaltung muß deshalb rechtlicher Lösungsversuch einer realen Problematik sein ²⁾. Nur wenn die Ergebnisse der Wissenschaft mit der Lebenswirklichkeit kontingent sind, kann sie sich der gegen sie vorgetragenen Angriffe erfolgreich erwehren und sich ihnen gegenüber rechtfertigen. Die öffentliche Verwaltung ist nicht und war zu keiner Zeit eine vorgegebene Institution, die das soziale Leben produziert und eigenständige Methoden zur Verminderung der Lebensrisiken entwickelt. Sie stellt vielmehr nur die Mittel bereit, um eine ihr vorgezeichnete Ordnung aufrechtzuerhalten ³⁾. Deshalb empfängt sie besonders in der Gegenwart ihren Sinn von real-soziologischen Fakten, an denen sie sich ständig orientieren und deren Wandel sie zu beobachten hat ⁴⁾. Die Kenntnis der verwaltungsrelevanten soziologischen Tatsachen ist daher Voraussetzung für

1) KERN, Aspekte des Verwaltungsrechts im Industriezeitalter: Festschrift für C. Schmitt, S. 97.

2) KERN, Grundlagenproblematik, ARSPH, Bd. 43 (1957) H 4 a.a.O.; LEGAZ Y LACAMBRA "Die soziale Struktur und die Formen des Rechts", vgl.: RITTERSPACH, Bericht vom Kongress der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie: DÖV 59, 937 f.

3) WOLFF, VR I, § 3 I c, S. 14.

4) Zu Recht warnt DRAHT, Zur Soziallehre und Rechtslehre vom Staat; Festgabe für R. SMEND, S. 41 ff. vor der Gefahr, die Sinneinheit der Staatsordnung außer Acht zu lassen.

die Erkenntnis der Rechtsgrundsätze des Verwaltungshandelns. Das für das Recht der öffentlichen Verwaltung folgenreichste Faktum ist das weitgehende Unvermögen der industriellen Massengesellschaft, sich die Bedingungen ihres Daseins selbst zu schaffen. Seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts ist der bis dahin intakte "beherrschte" Lebensraum dem "effektiven" Lebensraum gewichen ¹⁾. Das Einzelleben des modernen Menschen ist nicht mehr autark. Mehr und mehr wird seine Existenzsphäre dem Umfange nach bestimmt durch die Funktionsabläufe der öffentlichen Verwaltung, deren Anordnungen, Entscheidungen und Maßnahmen er sich in seiner sozialen Bedürftigkeit ausgeliefert sieht. Die wachsende Rationalisierung der immer umfangreicheren Staats-tätigkeit, die zunehmende Unübersichtlichkeit und Kompliziert-heit der zivilisatorischen Strukturen des technischen Zeitalters erweitert zwar den effektiven Kontakt, vermindert aber den Re-alkontakt zwischen der öffentlichen Verwaltung und den Staats-bürgern ²⁾. "Indem der Riesenapparat der Daseinsfürsorge die Einzelnen zur Funktion macht, löst er sie aus den substantiellen Lebensgehalten heraus, die früher als Tradition den Menschen um-fingen" ³⁾. Das geradezu existenzielle Ausgeliefertsein des Ein-zelnen an das Walten der Staatsapparatur hat wiederum ein sol-ches Ausmaß "gewaltloser Lenkbarkeit der Massen" zur Folge, wie es, im ganzen gesehen, vielleicht noch keine andere Kulture-poche gekannt hat ⁴⁾. Aus dieser Sicht ist die Gefahr der Per-version der Staatstätigkeit aus einer dienenden in eine

1) FORSTHOFF, Verwaltung als Leistungsträger, S. 4/5;
FREYER, Die Idee der Freiheit im technischen Zeit-
alter: Festschrift für C. SCHMITT, S. 63 ff.

2) GEHLEN, Sozialpsychologische Probleme, S. 16.

3) JASPERS, Die geistige Situation, S. 45.

4) GEHLEN, a.a.O., S. 18.

Herrschaftsfunktion unübersehbar ¹⁾. Folge davon wäre zum Nachteil des Einzelnen der Wegfall aller rechtsstaatlichen Schutz- und Sicherheitsgarantien. Die Auffassung Gehlens ²⁾, der Staat konvertiere seine soziale Funktion nur dann in Eigenmacht, wenn das der Durchführung einer Großplanung gegen massenhafte, notorische, potentielle, gegenwärtig aber fehlende Gegner diene, ist entgegenzuhalten, daß ein Wandel der Staatsfunktion nicht immer zweckbestimmt zu sein braucht, sondern oft auch Ergebnis einer außerideologischen, zweckfreien realen Zwangsläufigkeit ist. Gerade hierfür bietet das Industriezeitalter ein treffendes Beispiel. Die veränderte Akzentuierung des Verwaltungszwecks, der nicht mehr primär in der Sicherung des sozialen status quo, sondern in zunehmendem Maße in der besitzumschichtenden Güterverteilung besteht, ist nicht Folge eines staatsideologischen Umbruchs (eher Ursache desselben). Sie ist vielmehr notwendige Reaktion auf das seiner sozialen Situation entsprechende Hauptanliegen des Bürgers im 20. Jahrhundert, von den Leistungen des Staates nicht ausgeschlossen zu sein ³⁾. Im Ergebnis ist Gehlen jedoch zuzustimmen, weil eine unmittelbare Konvertierungsgefahr wegen des relativ starken, zum Teil historisch bedingten rechtsstaatlichen Bewußtseins der Gesellschaft, das die Verwaltung mit der sozialen Wirklichkeit ständig konfrontiert, nicht droht.

§ 2: Das Verhältnis der öffentlichen Verwaltung zu Gesetz und Recht.

- 1) WOLFF, VR I, § 11 II 6 5, S. 45.
- 2) Soziologische Voraussetzungen, Staatsanzeiger für Rhld.-Pfalz, a.a.O..
- 3) KERN, Aspekte des Verwaltungsrechts, a.a.O., S. 91/91.

Die soziologische Lage legt die Frage nahe, in welchem Umfange die moderne öffentliche Verwaltung durch das gesetzte Recht noch gebunden sein kann, ohne ihre gegenüber dem liberalen Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts schwerpunktmäßig veränderten Aufgaben wirklichkeitsfremd zu erfüllen. Die Frage des Verhältnisses zwischen Gesetz und öffentlicher Vorsorgeverwaltung ist in anderem Zusammenhang ausführlicher zu erörtern. Letztlich hängt dieses Verhältnis ab von der Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft ¹⁾. Die jeweilige Funktion des Rechts wiederum ist Ausgangspunkt für einen veränderten, zeitgemäßen Gesetzesbegriff. Der Rückhalt der Verwaltung am Rechtssatz scheint bei oberflächlicher Betrachtung unbestreitbar zu sein. Der Gesetzgeber ist mehr denn je bestrebt, jede Materie bis ins Detail hinein zu regeln. Folge davon ist eine in ihren Ausmaßen gewaltige Normenproduktion. Zugleich verflüchtigt sich jedoch der rechtsprinzipielle Gehalt des Rechtssatzes in eine an bloßen Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten orientierte Technik des Funktionsablaufes. Die Norm verliert den Charakter des Dauerhaften. Die Existenz der Situationsgesetze ist offenbar Ausdruck einer *communis opinio*, der zufolge "eine Staatsordnung als legitim gelten kann, nicht so sehr aus rechtsprinzipiellen Überlegungen heraus, sondern kraft unbefristeter Erwartung ihrer sozial - eudämonistischen Erfolge, vorausgesetzt, daß sie sich dabei selbst minimalisiert, die Freiheitsrechte im allgemeinen und die der Bildungsschichten im besonderen schont, und daß sie überhaupt ein zu kompaktes In-Erscheinung-treten vermeidet, die allgemeine

1) Vgl. v. MAIWALD, Das Recht als Funktion gesellschaftlicher Prozesse, ARSPH Bd. XL (1952/53) 55 ff;
LEGAZ Y LACAMBRA, Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft,
ARSPH XLI (1954/55), S. 165 ff.

Reizbarkeit dagegen in Rechnung setzend" ¹⁾. Richtig ist, daß die Möglichkeit der öffentlichen Verwaltung, die sozialen Verhältnisse nach Rechtsprinzipien zu gestalten, begrenzt sind. Jedes rechtsprinzipiell überspitzte und daher einseitige Verwaltungshandeln stößt irgendwann auf den Widerstand der Sachgegebenheiten und führt, wenn es sich nicht an sie anpaßt, zu unangemessenen und unzeitgemäßen Ergebnissen ²⁾. Das besagt indes nichts gegen die Notwendigkeit, sich auf die rechtsprinzipiellen Grundlagen des Verwaltungshandelns zu besinnen. Daß jeder Verwaltungstätigkeit Prinzipien zugrunde liegen, ist schon dem Begriff der Verwaltung wesentlich. Eine prinzipienlose Verwaltung wäre eine *contradictio in adjecto* ³⁾. Überdies setzt jede Ordnung bestimmte Ordnungsprinzipien voraus, nach denen sie sich vollzieht und welche der Ordnung erst ihren Sinn geben ⁴⁾. Das Recht der öffentlichen Verwaltung ist nicht nur Form einer Sozialstruktur, sondern auch ein inhaltliches Element dieser Struktur. Die Rechtsprinzipien sind deshalb nicht bloße Ordnungsprinzipien des Funktionsablaufes, sondern sind eine sachliche Komponente der sozialen Wirklichkeit, deren Entwicklung sie in gewissem Grade bestimmen. Sie sind dem Sozialprozeß gegenüber relativ autonom. Die Rechtsprinzipien des Verwaltungshandelns waren im konstitutionellen Staat unangefochten ⁵⁾. Der liberale Rechtsstaat war die Verwirklichung einer theoretischen Konzeption ⁶⁾. Die Rechts- und Staatsverfassung des 19. Jahrhunderts lebte aus der prinzipiell unbegrenzten Freiheitssphäre

1) GEHLEN, Die soziologischen Voraussetzungen, a.a.O.

2) FECHNER, Rechtsphilosophie, S. 269

3) BECKER, Verwaltungslehre, S. 34; WEBER, Gegenwartsprobleme, DÖV 57, 509 ff.; v. INAMA-STERNEGG, Verw.-Lehre, S. 8 ff.

4) v.d. HEYDIE, Staat, a.a.O., S. 961

5) WERNER, DVBl. 59, 528

6) So zu Recht FORSTHOFF, VR, 7. Aufl., S. 66

des Bürgers und der prinzipiell beschränkten Sphäre staatlichen Handelns ¹⁾. Sie befand sich dabei in Übereinstimmung mit den Forderungen einer autonom verstandenen, strukturell homogenen und konstanten Gesellschaft. Erst die industrielle Massengesellschaft hatte sich mit dem Staat, der in die vitalen Lebensbereiche des Einzelnen in bisher unbekanntem Umfange eingriff, erneut auseinanderzusetzen. Zugleich wurde das Spannungsverhältnis zwischen der öffentlichen Verwaltung und dem Einzelnen, der den ihm noch verbliebenen Freiheitsraum mehr und mehr als existenziell empfand, wieder aktualisiert. Die öffentliche Verwaltung, die das Sozialleben nicht mehr in einem Zustand präformierter Ordnung vorfindet, hat das bezeichnete Spannungsverhältnis verfassungs- und wirklichkeitsgerecht zugleich zu lösen. Dabei sieht sie sich vor die Frage gestellt, ob sie überhaupt noch von Grundsätzen getragen wird, die ihrer Eigenart entsprechen. Dieser Grundsätze muß sie sich bewußt werden ²⁾. Denn das Wesentliche einer dauerhaften Institution ist nicht ihre praktische Zweckmäßigkeit und Nützlichkeit, sondern ihre rechtsprinzipiell fundierte Überdeterminiertheit ³⁾. ⁴⁾. Letztlich ist es das Ziel der modernen Vorsorgeverwaltung, das Verhalten der Glieder der Massengesellschaft zueinander in rechtliche, d.h. mit dem Rechtsprinzip übereinstimmende Formen zu bringen. Das aber heißt, den Idealen wie Freiheit und Gerechtigkeit eine Chance zu geben, sich zu materialisieren ⁵⁾.

1) FORSTHOFF, Verwaltung als Leistungsträger, S. 42; C.SCHMITT, Verfassungslehre, S. 126

2) WERNER, DVBl. 59, 528.

3) GEHLEN, Sozialpsychologische Probleme, S. 43

4) Die Unabhängigkeit der Institutionen vom Wandel der zeitlichen und räumlichen Verhältnisse garantiert der kategorische Sollenscharakter der Rechtsprinzipien, vgl. WOLFF, Über die Gerechtigkeit a.a.O. S. 113

5) s. Anm. 3

Ungeachtet der Tatsache also, daß der Rückhalt am Gesetz für die Verwaltung des Industriezeitalters fragwürdig geworden ist, ist ihre Orientierung an den sie tragenden Rechtsprinzipien notwendig. Die Grundprinzipien des Verwaltungshandelns im gegenwärtigen Zeitalter darzulegen und ihre Wandlungen gegenüber den Verwaltungsprinzipien des bürgerlich-liberalen Rechtsstaates aufzuzeigen, ist die wesentliche Problemstellung dieser Untersuchung. Sie soll dazu beitragen, die allenthalben spürbar gewordene mangelnde Wirklichkeitsbezogenheit des liberal-rechtsstaatlichen verwaltungsrechtlichen Dogmas, als dessen Schöpfer Otto Mayer gilt ¹⁾, zu beseitigen.

§ 3: Die politischen Aspekte der modernen Verwaltungstätigkeit.

Die Exposition der Prinzipien wird dabei die mannigfachen politischen Motivationen, die dem Recht der öffentlichen Vorsorgeverwaltung zugrundeliegen, zu berücksichtigen haben. Gerade in ihrem Bereich verdichten sich politische Entscheidungen von großer Dynamik ²⁾. Jedwedes Rechtsproblem der öffentlichen Verwaltung hat neben dem juristischen auch einen politischen Aspekt. Deshalb sind für die Untersuchung die Prinzipien der Politik wegen ihres rechtlichen Aspekts implicite von erheblicher Bedeutung, obwohl sich die Politik in der Regel auf prinzipiell, normativ oder doch faktisch rechtlich nicht fassbare Gebiete bezieht ³⁾.

1) FORSTHOFF, Rechtsfragen, S. 22

2) FORSTHOFF, a.a.O., S. 32;
W.WEBER, Spannungen und Kräfte,
2. Auflage, S. 147

3) PETRASCHKE, Rechtsphilos., S. 134 ff.

Zweiter Abschnitt: Die Leistungsverwaltung:

§ 4: Begriff der Leistungsverwaltung, Notwendigkeit und Berechtigung einer Abgrenzung gegen die Eingriffsverwaltung.

Der Begriff der Leistungsverwaltung hat sich in der Wissenschaft von der öffentlichen Verwaltung allenthalben durchgesetzt. Als Schöpfer des Begriffs gilt Erich Kaufmann ¹⁾. Tatsächlich hat er ihn nicht verwendet. Vielmehr ist für ihn der "Inbegriff der Leistungen des Staates" die Verwaltung selbst ²⁾. Die staatliche Leistung bestimmt also den Begriff der Verwaltung überhaupt, nicht eine Verwaltungsart. Demgegenüber ist der Begriff der Leistungsverwaltung im heutigen Sinne eine Schöpfung der jüngsten Verwaltungsrechtswissenschaft. Er ist unter dem Zwang der soziologischen Verhältnisse des Industriezeitalters als Komplementärbegriff zur Eingriffsverwaltung entstanden, die dem Gehalt der verwaltenden Tätigkeit nach dem liberalen Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts typisch war. Weil der Begriff Leistungsverwaltung ein reaktiver, aus einer bestimmten sozialen Situation entstandener Begriff ist, läßt er sich nur dadurch bestimmen, daß man ihn zu anderen Verwaltungszweigen in Beziehung setzt.

a) Argumente im Schrifttum.

Die Notwendigkeit und die Berechtigung, Eingriffs- und Leistungsverwaltung voneinander abzugrenzen, sind letzthin mit beachtlichen Gründen bestritten worden ³⁾. Als Hauptargument

1) so z.B. LOSCHOLDER, DVBl. 57, 820.

2) Verwaltung, Verwaltungsrecht a.a.O. S. 689 ff.

3) BECKER, VVDSTRL, H. 14 (1956) S. 96 ff., ders., KKZ 57, 106 ff., LOSCHOLDER, DVBl. 57, 819 - 826

wird angeführt, die übliche Entgegensetzung von Ordnungs- und Leistungsaufgaben entstamme der Denkweise des 19. Jahrhunderts. Die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sei nicht am Störer, sondern am Gemeinwohl orientiert. Die Herstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung stelle geradezu eine Leistung ersten Ranges dar.

b) Kritik.

Das gemeine Wohl oder die Allgemeinheit sind in der Tat kein geeignetes Kriterium für eine begriffliche Unterscheidung. Verwirklichung des gemeinen Wohls ist das Ziel (Endzweck) jeder Verwaltungstätigkeit. Das rechtfertigt überhaupt die Existenz der Verwaltung. Auf das gemeine Wohl bezogen, ist jede Verwaltung Leistungsverwaltung ¹⁾, so daß eine Abgrenzung zur Eingriffsverwaltung entfielen. Richtig ist auch, daß Leisten und Eingreifen keine kontradiktorischen Gegensätze sind. Auch die Eingriffsverwaltung leistet, wenn sie keine selbständigen Eingriffsfunktionen, sondern nur Hilfsfunktionen der Leistungsverwaltung ausübt, also z.B. die Erhebung von Steuergeldern überwacht, die ihrer ursprünglichen Zweckbestimmung nach später verteilt werden sollen. Es trifft außerdem zu, wenn Becker den funktionellen und organisatorischen Zusammenhang beider Verwaltungsarten hervorhebt ²⁾. In der Tat bilden öffentliche Sicherheit und Ordnung vielfach die Voraussetzung für die Gewährung von Leistungen. Andererseits kann die öffentliche Sicherheit und Ordnung umso eher erhalten werden, je mehr die öffentliche Verwaltung durch ihre Leistungen den sozialen Frieden herzustellen in der Lage ist. Insofern stehen Eingriffs- und Leistungsverwaltung in einem doppelseitigen Abhängigkeitsverhältnis.

1) RUPP, Beseitigungs- und Unterlassungsklage, DVBl. 58, 115; BACHOF, Aussprache, VVDSTRL 14, S. 175

2) A.a.O., KKZ 57, 106 f; RUPP, a.a.O., DVBl. 58, 116

Jede der beiden Verwaltungstätigkeiten ist eine (potentielle) Komplementärfunktion der anderen ¹⁾. Die Verwaltungswirklichkeit zeigt, daß die Polizei- und Ordnungsverwaltung immer umfangreichere Aufgaben präventiver Art übernimmt, während sie ursprünglich in der Regel repressiv tätig wurde, wohingegen sich die Leistungsverwaltung häufig repressiver Verwaltungsmittel bedient, die sie mit ursprünglich der Eingriffsverwaltung zugehörigen Tätigkeitsbereichen übernommen hat. Beispiele für eine präventive Tätigkeit der Eingriffsverwaltung sind etwa die mannigfachen Maßnahmen der Verkehrspolizei, wie die Erteilung von Verkehrsunterricht in Schulen und Betrieben, Forschungen zur Klärung der Sicherheit im Verkehr, Durchführung von Verkehrserziehungswochen. Die Leistungsverwaltung wird repressiv und fördernd zugleich zum Beispiel auf dem Gebiete der Gesundheitsvorsorge tätig. Die Gesundheitsämter treffen noch eine Reihe repressiver Maßnahmen der Ordnungsverwaltung. Daneben stehen aber die Maßnahmen vorsorgenden Charakters, z.B. die Förderung der Wohnungshygiene, Versorgung mit hygienisch einwandfreiem Wasser usw. ²⁾. Manchmal trägt auch der einzelne Tätigkeitsakt selbst komplexen Charakter: Auf der einen Seite begünstigt er, auf der anderen Seite greift er belastend in die Rechtssphäre eines Dritten ein (städtebauliche Planungsakte enteignen idR.). In solchen Fällen ist die Zuordnung des Aktes zur Eingriffs- oder Leistungsverwaltung nur nach dem konkreten Rechtsverhältnis zwischen Staat und Einzelnem zu beurteilen ³⁾. Die innere Beziehung zwischen beiden Verwaltungsarten berechtigt aber nicht dazu, eine begriffliche Unterscheidungsmöglichkeit zu leugnen. Der Begriff der Leistungsverwaltung hat im Wandel der soziologischen Verhältnisse von der bürgerlichen zur industriellen Gesellschaft einen spezifischen, vom Begriff

1) LOSCHELDER, a.a.O., DVBl. 57, 826

2) LOSCHELDER, DVBl. 57, 825

3) RUPP, DVBl. 58, 115

der Eingriffsverwaltung bewußt unterschiedenen Sinn erhalten, der den veränderten Schwerpunkt des Verwaltungszwecks kennzeichnen soll ¹⁾. Insofern ist der Begriff eine Zweckschöpfung und zur Erkenntnis des Wandels der Staatsfunktion unentbehrlich, wenn auch die Tendenz nicht zu übersehen ist, den Staat als bloße Funktion der Gesellschaft anzusehen und dementsprechend das gesamte staatliche Handeln als Leistung zu bezeichnen ²⁾.

§ 5: Eigene Stellungnahme

a) Soziologischer Erkenntnisgrund:

Soziologisch ist Erkenntnisgrund des Wesens der Leistungsverwaltung die Tatsache, daß die der systematischen Verwaltungsrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts zugrunde liegende Trennlinie zwischen Staat und Gesellschaft in Frage gestellt, wenn nicht weggefallen ist ³⁾. Die industrielle Gesellschaft ist staatlich verwaltete Gesellschaft. Die unverrückbare Grenze zwischen staatlichem und bürgerlichem Rechtskreis, den das Polizeirecht als Kerngebiet der Eingriffsverwaltung voraussetzen konnte und kann, gibt es nicht mehr. Das alles rechtfertigt aber nicht den Schluß, daß einer hoheitlich befehlenden Verwaltungstätigkeit der Boden entzogen sei. Tatsächlich ist die Eingriffsverwaltung auch heute unentbehrlich, wenngleich sie dem Umfange nach hinter anderen Verwaltungstätigkeiten zurückbleibt. Die Struktur des modernen Verwaltungsrechts ist dualistisch. ⁴⁾

1) Das würdigt BECKER, VVDS+NL, H. 14, 96 ff.
nicht genügend

2) FORSTHOFF, Rechtsfragen, S. 13

3) FORSTHOFF, VR, 7. Aufl., S. 3+; FREYER, Das soziale Ganze, S. 23; WERNER, DVBl. 57, 808; MANNHEIM, Mensch und Staat, S. 392; RUDOLPH, Grenzen soz. Institutionen, a.a.O.; H. HUBER, Recht, Staat und Gesellschaft, Bern 1956, S. 28; D. SCHINDLER, Verfassungsrecht und soz. Struktur, S. 61

4) FORSTHOFF, VR, S. 71; KÖTTGEN, DVBl. 57, 441 ff.; WERNER, DVBl. 57, 808; THIEME, Liberalismus und GG, ZGesStw. 113 (1957), S. 285 - 300.

b) Rechtssystematische Unterscheidung beider
Verwaltungsarten.

Rechtssystematisch kann man zur Unterscheidung der Begriffe zwar nicht, wie Klüber ¹⁾ meint, darauf abheben, ob die Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung den Bürgern mittelbar (Eingriffsverwaltung) oder unmittelbar (Leistungsverwaltung) zugute kommt. Denn einerseits können Eingriffe gegen den Störer das gemeine Wohl unmittelbar fördern (indem sie z.B. einen begrenzten oder unbegrenzten Personenkreis von einer durch das polizeiwidrige Verhalten eines anderen Menschen hervorgerufenen Gefahr befreien), andererseits brauchen die Leistungen der öffentlichen Verwaltung den anderen Bürgern nicht unmittelbar, sondern nur bei Hinzutreten anderer Bedingungen (Verhalten des Einzelnen, allgemeiner wirtschaftliche Entwicklung) zugute zu kommen. Abstrahiert man vom Ziel jeder Verwaltungstätigkeit (Gemeinwohlverwirklichung), so ermöglichen mehrere Merkmale eine Unterscheidung zwischen Eingriffs- und Leistungsverwaltung:

- 1) Formell liegen beide Begriffe auf verschiedenen Ordnungsebenen. Der Begriff der Leistungsverwaltung bezeichnet den Tätigkeitsgehalt, der Begriff der Eingriffsverwaltung die Tätigkeitsform. Die der leistenden Verwaltung korrelierte Tätigkeitsform ist die pflegende Verwaltung (schlichte Hoheitsverwaltung). Der Eingriffsverwaltung als Tätigkeitsform entspricht dem Tätigkeitsgehalt nach die ordnende Verwaltung ²⁾. Zu ihr zählt besonders die Gefahrenabwehr als Schadenverhütung im weiteren Sinne ³⁾ und alle sonstigen Maßnahmen zur Aufrechterhaltung des politischen und sozialen Status quo ⁴⁾.

1) DVB1. 57, 827-832

2) Zutreffend WOLFF, VR 3 II b u. c, S. 16

3) KREUTZER, Verwaltung in "Staat und Politik", S. 306 ff.

4) BECKER, VVDS-T-RL 14, S. 99

2) Materiell unterscheiden sich Eingriffs- und
Leistungsverwaltung

aa) nach dem Tätigkeitszweck¹⁾. Greift der Staat in den Rechtskreis des Einzelnen ein, sucht er das gemeine Wohl durch Bewahrung des gegenwärtigen sozialen Status des Bürgers zu verwirklichen. Leitidee ist das grundsätzliche Verbot der Korrektur wohlervorbener sozialer Besitzstände. Die Enteignung bildet keine Ausnahme: Der durch sie gestörte soziale Besitzstand wird durch eine Entschädigung wiederhergestellt. (Rechtsstaatliche Ausgleichsverwaltung). Nicht zur Eingriffs-, sondern zur Leistungsverwaltung zählt die soziale Ausgleichsverwaltung (Kriegsopferversorgung, Lastenausgleich). Sie gewährt eine nicht nur an rechtlichen, sondern auch an politischen Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten ausgerichtete Entschädigung, die oft das erbrachte Opfer übersteigt oder nicht erreicht und deshalb in der Vergangenheit gestörte Besitzstände nicht nur restituiert, sondern auch korrigiert.

Leistet der Staat an den Einzelnen, sucht er das gemeine Wohl dagegen gerade durch die verändernde Korrektur der gegenwärtigen Güterverteilung zu verwirklichen. Meistens geschieht die Sozialkorrektur dadurch, daß der Staat das Sozialprodukt an sich zieht, um es an den Brennpunkten sozialer Unzufriedenheit wieder einzusetzen. Manchmal verpflichtet der Staat auch einen einzelnen Unternehmer oder Unternehmensgruppen, angesammelte Güter zu verteilen oder einen Güterausgleich herbeizuführen (Investitionshilfe, Belastung der Unternehmer mit Sozialversicherungsbeiträgen für die Arbeitnehmer, Unterbringungspflichten für die Schwerbeschädigten usw.). Immer ist die Tätigkeit

1) Der Zweck ist dem Ziel (Endzweck) der leistenden Verwaltung (Gemeindewohlverwirklichung) vorgeordnet. Ziel ist der oberste Zweck einer Handlungsreihe, EISLER, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, S. 676; Ziel ist die Vorstellung eines zukünftigen Ereignisses, welches durch eine Reihe von internen Zweckhandlungen zu verwirklichen ist. Sachlich übereinstimmend auch WOLFF, VR I, § 3 I 6, S. 14

der Leistungsverwaltung dynamisch, die der Eingriffsverwaltung statisch ¹⁾.

bb) ergänzend nach dem Tätigkeitsmodus. Konstituierendes Merkmal der Eingriffstätigkeit ist der Zwangscharakter. Dem Eingriff in die Individualrechtssphäre folgt wie ein Schatten der subsidiäre Zwang. Zwangscharakter trägt auch die wirtschaftslenkende Verwaltung. Ihre Prinzipien sind deshalb nicht Untersuchungsgegenstand. Die gemeinhin übliche Definition der Wirtschaftslenkung als die direkte staatliche Einflußnahme auf die Gestaltung des Wirtschaftslebens ²⁾ kennzeichnet das Wesen dieser Verwaltungstätigkeit nicht treffend. Hier wird unter Wirtschaftslenkung der staatliche Eingriff in das wirtschaftliche Kräftespiel unter Zwangsandrohung und mit Entscheidungsgewalt über den wirtschaftenden Menschen verstanden ³⁾. Der staatlichen Wirtschaftslenkung entspricht demnach die Tätigkeitsform der Eingriffsverwaltung. Der Staat hat seine Zurückhaltung gegenüber der Autonomie der Wirtschaft überwunden und durchbricht durch wirtschaftslenkende Maßnahmen das Prinzip ihrer Selbststeuerung ⁴⁾. Dem hier zugrunde gelegten Begriff der Wirtschaftslenkung gemäß ist allen wirtschaftslenkenden Maßnahmen das dirigistatistische Zwangsmoment wesentlich. Der Zwangscharakter begründet den entscheidenden Unterschied zu allen wirtschaftsverwaltenden Maßnahmen, durch die der Staat die Wirtschaft gestaltet und fördert, aber nicht lenkt (z.B. durch Subventionen, Kredite, Übernahme von Bürgschaften oder auch durch Ausnahmegenehmigungen von Devisen- oder außenhandelsrechtlichen Gesetzen). Dagegen haftet der

1) MENDER, DVBl. 60, 299

2) HAMANN, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 13; EHLERMANN, Wirtschaftslenkung, S. 9

3) NEUMANN, Wirtschaftslenkende Verwaltung, S. 14

4) EHLERMANN, a.a.O.; BALLERSTEDT, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, AöR, Bd. 77, S. 129 f.

leistenden Verwaltung der Zwangscharakter nur als naturales (wesentliches, akzidentales) Merkmal an. Der Zwangscharakter ist also zwar auch im Wesen der Leistungsverwaltung begründet. Denn kein Staat, der die Gemeinwohligerechtigkeit verwirklichen will, kann des Zwangs entbehren¹⁾. Manchmal sind deshalb auch Träger der öffentlichen Leistungsverwaltung von Gesetzes wegen mit hoheitlichen Zwangsbefugnissen ausgestattet (Sozialversicherung, Anschluß- und Benutzungszwang gem. den Vorschriften der Gemeindeordnungen der Länder). Der Zwangscharakter bildet aber kein schlechthin, sondern nur unter gewissen Umständen konstantes, sonst wechselndes, äußeres, veränderliches, wenngleich nicht wesensfremdes Begriffsmerkmal der Leistungsverwaltung (konsekutives Merkmal).

Demgegenüber ist der Zwangscharakter ein Essentiale der eingreifenden Verwaltung, die dem Begriffe nach ohne Zwangsbefugnisse nicht denkbar ist (Zwangscharakter als konstitutives Merkmal).

cc) Materiell ist die Leistungs- von der Eingriffsverwaltung auch durch den Tätigkeitsgrund unterschieden. Im Gegensatz zu den Eingriffsgesetzen bezwecken die Leistungsgesetze die Veränderung des sozialen Status quo, weil der Bürger dem Staat Opfer gebracht hat oder weil von ihm eine Gegenleistung erwartet wird²⁾ (Grundsatz der synallagmatischen Gegenseitigkeit, vgl. unten S. 76 ff.). Die Rentenversorgung sowie die Kriegsopferversorgung bilden nur scheinbare Ausnahmen³⁾. Bevor der Einzelne Renten empfängt, hat er dem Gemeinwesen Arbeitsleistungen erbracht. Auch die Kriegsoffer werden nur versorgt, weil ihre berechtigten Interessen durch den Staat verletzt worden sind.

1) So zu Recht LÖWENSTEIN, Verfassungsrecht und Realität, AÖR 77 (1951/52), S. 337 ff.

2) Daher richtig RICHTER, NJW 58, 1518

3) Unzutreffend ACHINGER, Soziale Sicherheit, S. 35; WEDDIGEN, Sozialpolitik, S. 193 f.

Die konditionale Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung ist der Eingriffsverwaltung fremd. Die von Kreutzer ¹⁾ versuchte Abgrenzung, der zufolge zur leistenden Verwaltung diejenige Staatstätigkeit zählt, die allen Staatsbürgern ohne Rücksicht auf ihre persönlichen Verhältnisse gewisse nicht an privatwirtschaftlichen Rentabilitätsgesichtspunkten orientierte wirtschaftliche und kulturelle Leistungen sichert (Veranstaltungen wie die Fürsorge, Sozialversicherung, Lastenausgleich, Kriegsopferversorgung, Gesundheits- und Jugendförderung, Subventionen und die öffentliche Wohnungsbauförderung zählt Kreutzer zur sogenannten Betreuungsverwaltung) ist unbrauchbar, weil sie keine Abgrenzungskriterien nennt. Nach dem Vorangegangenen läßt sich der Begriff der öffentlichen Leistungsverwaltung ²⁾ bestimmen: Öffentliche Leistungsverwaltung ist die pflegende, auf Veränderung des gerade bestehenden sozialen Status quo gerichtete, mit nur akzidentellem Zwangscharakter ausgestattete hoheitliche Staatstätigkeit.

Dritter Abschnitt: Die Prinzipien der Leistungsverwaltung im allgemeinen.

§ 6: Begriff und Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes.

Obrigkeitliche Tätigkeit beruht im Rechts (d.h. Gerechtigkeits-)staat auf zwei Säulen, den Grundprinzipien des Rechts überhaupt: Es sind das Prinzip der Gerechtigkeit (Rechtsprinzip) und das Prinzip der Macht.

1) KREUTZER, "Staat und Politik", a.a.O.

2) Der Begriff selbst ist nur ein Oberbegriff. Die Leistungsverwaltung zerfällt, je nachdem, welcher Leistungsform sie sich bedient, in Versorgungs-, Versicherungs-, Fürsorge- und (soziale) Ausgleichsverwaltung, vgl. u.a. Abschnitt S. 170 ff.

a) Das Rechtsprinzip.

Das Rechtsprinzip ¹⁾ ergibt sich aus dem Sittengesetz, demzufolge dem jeweils objektiv wertvolleren menschlichen Interesse der Vorzug zu geben ist, als dessen übernächster Anwendungsfall: Es bestimmt, was im Verhältnis aller Menschen untereinander diesen unbedingt geboten ist. Das Rechtsprinzip bezieht sich demnach auf das äußere Verhalten beliebiger Menschen untereinander ²⁾ und ist eingeschränkt auf das Gebot, auf die Verfolgung eigener Interessen insoweit zu verzichten, als dadurch die Befriedigung objektiv wertvollerer Interessen anderer Menschen vereitelt wird ³⁾. Das Rechtsprinzip ist einerseits zu unterscheiden von dem Tugendprinzip, das sich bezieht auf das Verhalten des Menschen zu sich selbst (und welches gebietet, von kollidierenden Eigeninteressen dem objektiv wertvolleren den Vorzug zu geben). Andererseits ist es unterschieden vom Liebesprinzip, welches das äußere Verhalten bestimmter Menschen gegenüber bestimmten anderen Menschen regelt, indem es gebietet, einem eigenen Interesse das objektiv wertvollere Interesse des anderen vorzuziehen. Seinem Charakter nach ist das Rechtsgesetz, welches inhaltlich mit dem Gebot "neminem laedere" übereinstimmt

aa) limitierend. Wie das Sittengesetz, aus dem es abgeleitet ist, gebietet es nicht, auf irgendeine Weise auf die Interessen anderer einzuwirken. Es fordert nur, daß der Handelnde, falls es auf irgendwelche Interessen anderer einwirkt, bestimmten

1) Im folgenden wird die Darstellung WOLFFS, in: Über die Gerechtigkeit als principium juris (SAUER, Festschrift, S. 103 ff.), zugrunde gelegt.

2) WOLFF, S. 113 a.a.O.

3) WOLFF, a.a.O., S. 113

Bedingungen genügt ¹⁾. Eine dieser Bedingungen ist die, daß der Handelnde, die kollidierenden Interessen gegeneinander abwägt und seinem eigenen nur dann den Vorzug gibt, wenn es das Überwiegende ist.

Letzte maßgebende Entscheidungsinstantz für die Frage der Vorzugswürdigkeit kollidierender Interessen ist das Gewissen, von dessen Urteilen wir wegen ihrer individuellen Besonderheiten aber abstrahieren müssen, weil jene Gewissensentscheidungen, dem Konkreten verhaftet, das Prinzip nicht erkennen lassen ²⁾. Das Prinzip der Gerechtigkeit ist

bb) kategorisch. Es diktiert, da das Gerechtigkeitsgebot jedem unmittelbaren sozialen Sollenserlebnis des Menschen zugrundeliegt, nicht als veränderliche Spielregel, sondern als unveränderliche und von den sozialen Lebensverhältnissen unabhängige Bedingungen jede Form menschlichen Zusammenlebens ³⁾. Der Gehalt des Rechtsprinzips ist deshalb unveränderlich, weil das Rechtsprinzip selbst

cc) formal ist. Zwar ist es synthetisch, weil es über den bloßen Begriff des Rechts hinaus dessen Kriterium angibt, indem es auf die objektiven Interessen verweist ⁴⁾. Das läßt aber seinen formalen Charakter unangetastet: Das Rechtsprinzip reicht allein nicht zur Entscheidung eines Einzelfalles aus, weil es selbst den Wert der kollidierenden Interessen nicht beurteilt ⁵⁾. Um mit seiner Hilfe überhaupt irgendwelche typischen Interessen-

1) NELSON, Kritik, S. 129

2) WOLFF, a.a.O., S. 112, SCHAAD, Die allgemeinen Rechtsgrundsätze, S. 33

3) WOLFF, a.a.O., S. 112

4) WOLFF, a.a.O., S. 113

5) WOLFF, a.a.O., S. 113

lagen entscheiden zu können, bedarf das Rechtsgesetz der Ergänzung durch eine unabhängig von ihm bestehende Ordnung der objektiven Werte. Diese Ordnung muß zugleich ein Rangverhältnis der Werte aufweisen, weil die objektiven Werte ihrerseits kollidieren können. Diese Kollision ist mit Hilfe des Rechtsprinzips so zu lösen, daß die Verfolgung minderer Werte ausgeschlossen ist, soweit dadurch die Berücksichtigung höherer Werte verhindert würde ¹⁾. Die Werte selbst können nicht aus dem rein formalen (in diesem Sinne inhaltsleeren) Rechtsprinzip, sondern nur aus dem Wesen und Zweck des Rechts selbst hergeleitet werden ²⁾. Erst die Verbindung der Rechtswerte mit dem Rechtsprinzip läßt es zu, konkrete und typische Interessenkonflikte zu schlichten. Das Verhalten des die Interessenlage Beurteilenden ist dabei "wertrational" ³⁾. Der Urteilende handelt nicht zweckorientiert (oder nur insofern, als er den Interessenkonflikt irgendwie entscheiden muß); das Ziel seiner Tätigkeit ist vielmehr auf die Erkenntnis der für die jeweilige Interessenlage in Frage kommenden Werte und ihre dem Rechtsprinzip entsprechende Abwägung gegeneinander gerichtet.

1. Das Rechtsprinzip ist, weil es als das allgemeine Prinzip des Rechts Geltung für jedes Rechtsgebiet beansprucht, oberste Grundnorm der leistenden Verwaltung im reinen Rechtsstaat, weil ihm außer dem Sittengesetz kein anderes Prinzip logisch übergeordnet ist ⁴⁾. Im sozialen Rechtsstaat liegen der leistenden Verwaltung freilich weitere Prinzipien zugrunde, die das Rechtsprinzip ergänzen und seine Verbesonderungen beeinflussen.

1) SCHAAD, a.a.O., S. 42

2) Rechtswerte sind z.B. die Würde des Menschen, die guten Sitten, das Gemeinwohl, die Rechtssicherheit, vgl. COING, Oberste Rechtsgrundsätze, S. 54

3) M.WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 12

4) BURCKHARDT, Methode und System des Rechts, S. 35

2. Bei oberen Verbesonderungen folgen aus dem Prinzip der Ge-
rechtigkeit die Rechtsgrundsätze. Sie sind als oberste, rang-
höchste (derivative) Rechtsquellen Ableitungen aus dem Rechts-
prinzip im Hinblick auf ganz allgemeine, typische, relativ kon-
stante Situationen und Interessenlagen des menschlichen Zusam-
menlebens ¹⁾. Die Rechtsgrundsätze selbst zerfallen in

aa) allgemeine Rechtsgrundsätze. Die ihnen zugrunde liegenden
Interessenlagen sind lediglich bedingt durch die Existenz einer
Vielzahl von Menschen ²⁾. Die in Betracht kommenden Interessen
sind zeitlich und räumlich konstant und deshalb an Zahl notwen-
dig gering.

bb) Besondere Rechtsgrundsätze. Die ihnen zugrunde liegenden
typischen Interessenlagen setzen außer einer Vielzahl von Men-
schen noch bestimmte soziale Tatsachen oder ethische, religiöse,
wirtschaftliche, kulturelle und an-dere Lebensordnungen als Um-
stände voraus. Wegen der Abhängigkeit von den Umständen des so-
zialen Lebens sind die Situationen und Interessenlagen nicht mehr
absolut konstant und die gewonnenen Rechtsgrundsätze nicht mehr
allgemein gültig ³⁾. Da ihr Geltungsanspruch mit wachsender Zahl
der soziologischen Faktoren abnimmt, sind nur solche Ablei-
tungen wirkliche Rechtsgrundsätze (derivative Prinzipien), die
wenige und objektiv einsichtige Faktoren als Prämissen vor-
aussetzen.

1) WOLFF, Rechtsgrundsätze, Ged.-Schrift
für JELLINEK, S. 37

2) WOLFF, a.a.O., S. 39;
SCHAAD, Die allgemeinen Rechts-
grundsätze, S. 44/45

3) WOLFF, Rechtsgrundsätze, S. 41

cc) Als Ableitungen aus dem Gerechtigkeitsprinzip können sich auch die der Regelung eines bestimmten Sachgebietes zugrunde liegenden allgemeinen Rechtsgedanken sowie die von der höchst-richterlichen Rechtsprechung entwickelten "Rechtsgrundsätze" erweisen. Meistens sind sie jedoch ihrer rechtslogischen Struktur nach (besonderen) Rechtsgrundsätzen lediglich verwandt, aber nicht mit ihnen identisch ¹⁾. Entscheidend ist immer, ob sie bei unbefangener Würdigung Ableitungen aus dem Gerechtigkeitsprinzip im Hinblick auf grundlegende und vor allem typische Interessenlagen darstellen.

3. Die Rechtsgrundsätze sind keine Rechtssätze im rechtstheoretischen Sinn ²⁾, weil sie die judizielle oder regulative Ausprägung der verbindlichen Weisungen, die sie enthalten, verlangen ³⁾. Rechtsgrundsätze sind im Unterschied zu Rechtssätzen Inhalt im Gegensatz zur Form. Insofern ist das Prinzip selbst nicht Anordnung, sondern nur Kriterium, Grund und Rechtfertigung derselben. Das schließt nicht aus, daß es als "ratio legis" in der Weisung selbst enthalten ist.

4. Als aus dem Rechtsprinzip ableitbare Normen enthalten alle Rechtsgrundsätze durch Rechtswertmaßstäbe ergänzte rechtliche Sollensgebote ⁴⁾. Keine Prinzipien und nicht Untersuchungsgegenstand sind deshalb die empirisch-faktischen Gesetze oder die an bloßen Zweckmäßigkeitserwägungen orientierten Verwaltungsgrundsätze. Dazu zählen

aa) die realsoziologischen Grundsätze. Das sind faktische, in der Regel rechtsprinzipneutrale Gesetze, wie z.B. das "Prinzip

1) WOLFF, a.a.O., S. 42

2) WOLFF, a.a.O., S. 43

3) ESSER, Grundsatz und Norm, S. 50

4) WOLFF, Verwaltung und Recht,
Zeitschr. "Kommunalpolitik"
1948, S. 133

der Rationalisierung der Staatstätigkeit"¹⁾, das "Prinzip des des Grenznutzens" ²⁾. Die soziologischen Grundsätze sind als Lehrsätze zu bezeichnen. Sie sind aus der Beobachtung der Lebenssachverhalte gewonnen, dem Rechtsprinzip gegenüber indifferent und deshalb von ihm distanziert. Denn sie drücken nur das Regelhafte der Erscheinungen aus, das Gesetzmäßige im Ablauf der sozialen Prozesse. Sie gebieten nicht, sondern stellen bloß fest. Damit ist nicht gesagt, daß die Lehrsätze für die Erkenntnis der Prinzipien der Leistungsverwaltung ohne belang sind. Sie sind insofern von Bedeutung, als sie Aufschluß geben können über die Sozialstruktur der von den Rechtsprinzipien der Leistungsverwaltung als gegeben vorausgesetzten soziologischen Gebilde, wie Verwaltung, Gesellschaft, Amt, Behörde usw. So gesehen stehen sie freilich in wengleich nicht wesensmäßiger Beziehung zum Rechtsprinzip selbst, weil jedes aus ihm abgeleitete Gebot, wenn anders es nicht leerlaufen soll, den faktischen Gegenstand, auf den es sich bezieht, in Betracht ziehen muß. Sie sind mangels (rechts-)gleicher Substanz indes von dem Rechtsprinzip artverschieden und darum nicht an ihm meßbar. Die zu ihrer Aufstellung geeignete Methode ist die Induktion.

bb) Die Grundsätze der Verwaltungslehre.

Unter Verwaltungslehre wird dabei im Gegensatz zum Verwaltungsrecht die Wissenschaft von den Seinsgrundlagen der Verwaltung verstanden ³⁾. Sie befaßt sich mit der Erkenntnis und systematischen Ordnung der realen Erscheinungen der öffentlichen Verwaltung und der Herausarbeitung ihrer Gründe und Triebkräfte ⁴⁾.

1) WAGNER, Lehr- und Handbuch der politischen Ökonomie, 3. Auflage, S. 76

2) M. WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft, 2. Halbband, S. 13

3) PETERS, Lehrbuch, S. 14 ff.; BECKER, E., (Stand und Aufgaben der Verwaltungswissenschaft, Festschrift für GIESE, a.a.O., S. 15

4) Becker, a.a.O., S. 15

Der Verwaltungsrechtswissenschaft gegenüber ist sie eigenständig und angesichts der Tatsache, daß sich die Verwaltung nicht im Vollzuge von Rechtsnormen erschöpft, deren notwendige Ergänzung ¹⁾. Die Verwaltungslehre unterscheidet sich vom Verwaltungsrecht dadurch, daß in ihrem Bereich den Notwendigkeiten einer geordneten staatlichen Verwaltung nicht durch spezifisch rechtliche (d.h. auf einen Rechtswert bezogene), sondern durch an bloßen Zweckmäßigkeitswerten orientierte Entscheidungen und Unterscheidungen Rechnung getragen wird ²⁾. Zur Verwaltungslehre im weiteren Sinne ist z.B. zu zählen die Verwaltungsbetriebslehre ³⁾, die die Grundsätze für die Ordnungsmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der öffentlichen Verwaltung, des Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesens, des Behördenaufbaues, der Verwaltungstechnik usw. herauszuarbeiten hat. Zur Verwaltungslehre gehört auch die Verwaltungsorganisationslehre, die sich mit den Prinzipien der inneren und äußeren Organisation der Verwaltungsbehörden, den Grundsätzen der Zentralisation und Dezentralisation, mit der Verwaltungsstruktur insgesamt befaßt ⁴⁾. Die Erörterung dieser Prinzipien liegt außerhalb des gedanklichen Konzepts dieser Schrift.

b) Das Machtprinzip.

Im Unterschied zum Prinzip der Gerechtigkeit gebietet das ebenfalls einen Interessenkonflikt voraussetzende, hier nicht näher zu erläuternde Prinzip der Macht, das zweite allgemeine staatstragende Prinzip, nicht diejenigen Interessen zurückzustellen,

1) FORSTHOFF, VR, 7. Aufl., S. 45

2) FORSTHOFF, a.a.O., S. 46

3) BECKER, a.a.O., Festschrift für GIESE,
vgl. auch das dort angegebene Schrifttum

4) BECKER, a.a.O., S. 35

die auf Grund einer Beurteilung an Hand von Rechtswerten, sondern von Werten politischer Zweckmäßigkeit als die objektiv minderwertigen erkannt worden sind. Die einander widerstrebenden Interessen sind dabei oft nicht typisch und übersehbar und in der Regel entweder Machtverteilungsinteressen, Machterhaltung- oder Machtverschiebungsinteressen ¹⁾.

1. Auf dem Prinzip der Macht beruhen die den Rechtsgrundsätzen nebengeordneten verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen. Wie die Rechtsgrundsätze sind die fundamentale Normen, die aber nicht zunächst rechtliche, sondern politische Grundwertungen ausdrücken ²⁾ und deren Bezugspunkt daher häufig solche Interessenlagen sind, deren Eigenart mit rechtlichen Wertmaßstäben nicht zu erfassen ist ³⁾. Notwendig und möglich sind die verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen, weil das geltende Recht nicht allein aus Rechtsgrundsätzen, sondern immer dann kraft autoritativen gesetzgeberischen Willens entsteht, wenn die zu regelnden Materien menschlichen (in der Regel gleichgerichteten) Interessen gegenüber indifferent sind ⁴⁾. Die im Spiel stehenden Interessen beziehen sich dann darauf, daß der Lebenssachverhalt geregelt wird, nicht wie er geregelt wird, wenn nur nicht vergleichsweise minderwertige Interessen bevorzugt werden. Daraus folgt, daß ein Rechtssatz zwar Ausdruck einer Interessenkollision, nicht aber unbedingt Ausdruck eines Interessenkonflikts zu sein braucht: Der Rechtssatz ist Ergebnis eines bloß zweckrationalen, nicht wertrationalen gesetzgeberischen Verhaltens ⁵⁾,

1) M. WEBER, Staatssoziologie, S. 27

2) WOLFF, Rechtsgrundsätze, a.a.O. S. 48

3) PETRASCHKE, Rechtsphilosophie, S. 143 ff.

4) WOLFF, Rechtsgrundsätze, S. 47

5) M. WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 12

wenn die Rechtsgrundsätze wie das Rechtsgesetz selbst mehrere miteinander in Einklang stehende Entscheidungsmöglichkeiten zulassen, unter denen nach zweckrationalen Gesichtspunkten eine Auswahl zu treffen ist,

wenn der objektive Wert der widerstreitenden Interessen von subjektiven, aus soziologischen Tatbeständen wie Volkscharakter, Tradition, Sitte und Gewohnheiten beruhenden Wertungen bestimmt wird. Das Maß der Berücksichtigung dieser Umstände ist Sache des Gesetzgebers. Da diese Umstände auch den besonderen Rechtsgrundsätzen zugrundeliegen, können die verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen als Ergebnis der gesetzgeberischen Entscheidung für oder gegen die Hinnahme der soziologischen Sachverhalte auch die besonderen Rechtsgrundsätze und erst recht deren weitere Positivierungen maßgeblich beeinflussen,

wenn der Wert der beteiligten Interessen erst auf Grund "ungewisser Zukunftserwartung"¹⁾ beurteilt werden kann. Das ist insbesondere der Fall, wo es nicht um die Bewertung unübersehbarer Einzelinteressen, sondern um die Gestaltung und Fortentwicklung der Sozialordnung in Richtung auf die Gemeinwohlgerechtigkeit geht. Die zukunftsgerichteten gesetzgeberischen Entscheidungen tragen notwendigerweise vorwiegend politischen Charakter. Wie bei den Rechtsgrundsätzen sind zu unterscheiden

aa) allgemeine verfassungsgestaltende Grundentscheidungen.

Sie setzen nichts weiter voraus als die Existenz eines Verfassungsgesetzgebers. Sie sind insofern notwendig, als der Verfassungsgesetzgeber sie treffen muß, um überhaupt das staatliche Leben in geordnete Bahnen lenken zu können. Sie gelten aber nicht für jede geltende Verfassung, sondern nur für die Verfassung des jeweiligen Staatswesens. Nur innerhalb eines bestimmten Staates sind sie also allgemein. Zu den allgemeinen verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen gehören die not-

1) WOLFF, Rechtsgrundsätze, S. 48

wendigen Staatszielbestimmungen über den (förderalistischen, zentralistischen, unitaristischen) Aufbau eines Staatswesens, die Statuierung der Grundrechte u.a.m.

bb) besondere verfassungsgestaltende Grundentscheidungen.

Das sind diejenigen Fundamentalnormen, die außer der Existenz eines Verfassungsgesetzgebers noch eine Reihe zeitbedingter politischer, ethischer, religiöser, wirtschaftlicher oder kultureller Bewußtseinsinhalte voraussetzen. Deshalb sind diese Entscheidungen vom Gesetzgeber nicht notwendig zu treffen, sondern nur, wenn die genannten Vorstellungen der Glieder der Gesellschaft eine (dann freilich auch inhaltlich von vornherein relativ bestimmte) Regelung verlangen (so ist z.B. die Entscheidung für einen liberalen oder sozialen Rechtsstaat oder für einen sozialistischen Staat eine besondere verfassungsgestaltende Grundentscheidung).

Die Prinzipien der Leistungsverwaltung stehen demnach in einer Stufenordnung, aus der ihr Verhältnis zueinander hervorgeht. Oberste staatstragende Prinzipien sind das Prinzip der Gerechtigkeit und das Machtprinzip. Aus dem Rechtsprinzip als dem obersten Prinzip der Leistungsverwaltung im Rechtsstaat sind die (allgemeinen und besonderen) Rechtsgrundsätze ableitbar. Daraus folgen die weiteren rechtssatzmäßigen Konkretisierungen. Auf dem Machtprinzip als dem obersten Prinzip im Sozialstaat beruhen die (allgemeinen und besonderen) verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen und deren Konkretisierungen. Grund - prinzipien der Leistungsverwaltung sind die Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen und deren spezifischen Verbindungen im sozialen Rechtsstaat. Prinzipien der Leistungsverwaltung sind dementsprechend die weiteren, (in der Regel rechtssatzmäßigen) Positivierungen der Rechtsgrundsätze und der verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen.

2. Der Leistungsverwaltung im sozialen Rechtsstaat liegen neben den Rechtsgrundsätzen verfassungsgestaltende Grundentscheidungen und deren Positivierungen zugrunde. Da die verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen schon ihrem Ursprung nach auf

Gestaltung und Fortentwicklung der Sozialordnung gerichtet sind, intendieren sie häufig nicht nur den Verzicht auf die objektiv minderwertigen Staatsinteressen, sondern darüber hinaus die positive Förderung der als objektiv wertvoller erkannten Einzelinteressen ¹⁾. Die direkte positive Förderung fremder Interessen aber ist durch das Rechtsprinzip, das eine der obersten Prinzipien im sozialen Rechtsstaat, nicht geboten. Daraus folgt zwangsläufig die Frage, ob und wann verfassungsgestaltende Grundentscheidungen und deren Ableitungen, soweit sie positive Interessenförderungen gebieten, mit dem Prinzip der Gerechtigkeit, dem im Konfliktsfalle der systematische und effektive Vorrang zukäme ²⁾, in Widerspruch stehen. Sie widersprechen dem Rechtsprinzip nicht schon, weil sie nicht aus ihm, sondern aus dem Prinzip der Macht ableitbar sind. In der Regel sind Machtprinzip und Rechtsprinzip konsonant; das Recht ist machtbildend, die Macht ist rechtsbildend ³⁾. Damit stimmt überein, daß das Prinzip der Gerechtigkeit positive Interessenförderungen zwar nicht gebietet, sie aber auch nicht verbietet. Folglich läßt sich nicht sagen, daß positive Interessenförderungen ab initio allemal rechtswidrig seien. Die Indikation der Rechtmäßigkeit ist aber graduell unterschiedlich; das folgt aus der verschiedenartigen Rechtsstruktur der eine positive Interessenförderung gebietenden Prinzipien. Sind sie dem Rechtsprinzip gegenüber indifferent, weil sie eine Benachteiligung objektiv wertvoller Interessen nicht gebieten (reine verfassungsgestaltende Grundentscheidungen), besteht nur eine widerlegbare Vermutung für

1) Deshalb stimmen sie häufig mit dem Gebot des "modifizierten" Liebesprinzips überein, wonach dem wertvolleren Interesse beliebiger Menschen der Vorzug zu geben ist, vgl. dazu WOLFF, princip. juris, S. 112

2) WOLFF, Rechtsgrundsätze, S. 37

3) HUBER, H., Niedergang des Rechts, S. 62

ihre Widerrechtlichkeit. Zur Feststellung der Rechtswidrigkeit bedarf es daher des Nachweises, daß die positiven Interessenförderungen minderwertige Interessen zu Lasten höherwertiger begünstigen. Mißlingt dieser Nachweis, dann sind sie als rechtmäßig anzusehen. Reine verfassungsgestaltende Grundentscheidungen und deren Positivierungen indizieren ihre Rechtlichkeit nur mittelbar, weil höchstensfalls ihre Tendenz zur Rechtlichkeit nachweisbar ist. Enthalten die Prinzipien dagegen das Gebot des Rechtsprinzips als ihren Mindestgehalt, ohne sich in ihm zu erschöpfen (gemischte verfassungsgestaltende Grundentscheidungen), dann besteht eine in der Regel unwiderlegbare Vermutung für ihre Rechtlichkeit. Der Nachweis der Rechtswidrigkeit ist in der Regel unmöglich, weil das Rechtsprinzip wegen seines limitierenden Charakters nur elementare Ableitungen ¹⁾ und daher mehrere mögliche Entscheidungen zuläßt. Gemischte verfassungsgestaltende Grundentscheidungen und deren Positivierungen indizieren ihre Rechtlichkeit unmittelbar. Diese an die Rechtlichkeit der positiven Interessenförderung gestellten Anforderungen tragen einer praktischen Notwendigkeit Rechnung: Die Gestaltung der Sozialordnung richtet sich in hohem Maße aus an ungewissen Zukunftserwartungen, die eine sichere irrtumsfreie Bewertung der beteiligten Interessen nicht zulassen, weil Fortbestand oder Wegfall der für die Entscheidung jeweils maßgeblichen Faktoren nicht voraussehbar ist. Weil deshalb Irrtumsmöglichkeiten nicht ausgeschlossen sind, und zudem die rechtlich-politischen Entscheidungen häufig an Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten orientiert sind, ist es notwendig, dem Gesetzgeber einen Ermessensspielraum zuzuerkennen ²⁾, und die von ihm getroffenen Maßnahmen als rechtmäßig anzusehen, wenn durch sie nur nicht nachweisbar minder

1) ESSER, Grundsatz und Norm, S. 86

2) Vgl. HAMANN, Die Ermessensfreiheit des Gesetzgebers, NJW 1955, 871; zum Ermessensspielraum des Gesetzgebers auch BVerfG E 4, 7 ff (18), 3, 58 ff (135); 3, 162 ff (182); 3, 288 ff (337).

wertvolle Interessen bevorzugt werden. Das kann sowohl dann der Fall sein, wenn die Grundentscheidung oder deren Konkretisierung selbst ein rechtsprinzipwidriges Gebot enthält oder wenn die vom Gesetzgeber anbefohlene Art der Verwirklichung eines an sich rechtmäßigen Gebots rechtswidrig ist.

§ 7: Die Expositionsmethode.

Die Methode der Exposition der Prinzipien ist unterschiedlich. Es kommt darauf an, ob Rechtsgrundsätze oder verfassungsgestaltende Grundentscheidungen (Grundprinzipien der Leistungsverwaltung) oder ob die Positivierung beider Fundamentalnormen (Prinzipien der Leistungsverwaltung) aufzuweisen sind.

a) Allgemeines.

Allgemein ist die Methode zur Ermittlung und Anwendung der Rechtsgrundsätze im Gegensatz zur Exposition der verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen und deren Konkretisierungen eine objektive. Sie ist objektiv, weil zur Ermittlung eines Rechtsgrundsatzes als eines infolge seiner Ableitbarkeit aus dem Rechtsprinzip objektiven Prinzips allein aus dem erkannten Willen des Gesetzgebers hergeleitete und mithin subjektive Urteile nicht zu verwenden sind. Der gesetzgeberische Wille kann, braucht aber nicht auf rechtsprinzipielle Grundwertungen zurückzuführen sein.

b) Die Induktionsmethode.

Bei der Exposition aller Prinzipien hat die induktive Methode auszuschneiden. Die Anwendung des induktiven Schlußverfahrens ließe den Eindruck entstehen, als seien die Prinzipien die Folgen von Einzelrechtssätzen. Dieser Meinung ist Spiropoulos¹⁾. Sie ist unrichtig, weil der induktive Schluß stets nur zu

1) Die allgemeinen Rechtsgrundsätze
im Völkerrecht, S. 25

Lehrsätzen führt ¹⁾. Lehrsätze sind die Folgen von Einzelrechtssätzen wesentlich gleichen Inhalts. Im Unterschied zu den Prinzipien knüpfen sie an die empirisch erfassbaren, deskriptiven Merkmale als Realgründe des Einzelrechtssatzes. Die Lehrsätze sind von den Prinzipien wesensverschieden, weil die Prinzipien auf die Erkenntnisgründe des Einzelrechtssatzes zurückgehen. Abgesehen davon haften dem Einzelrechtssatz auch nur für ihn geltende Merkmale an, die aus der spezifischen Materie, die er regelt, herzuleiten sind ²⁾. Zwar braucht die Berücksichtigung der Besonderheit der durch den Einzelrechtssatz erfaßten Interessensituation der Verallgemeinerung zum Prinzip nicht entgegenzustehen ³⁾. Das hätte nur zur Folge, daß dem Prinzip nur ein einziger Lebenssachverhalt zugeordnet ist. Das Prinzip ist aber gerade durch seine allgemeine Gültigkeit für das gesamte Rechtsgebiet (allgemeiner Rechtsgrundsatz) oder für einen bestimmten Teil desselben (besonderer Rechtsgrundsatz oder verfassungsgestaltende Grundentscheidung) gekennzeichnet.

c) Die Deduktionsmethode.

Zur Exposition der Rechtsgrundsätze geeignet ist das Deduktionsverfahren. Weil das Prinzip der Gerechtigkeit objektiv und allgemein faßbar ist ⁴⁾, kann es als Obersatz des Schlußverfahrens verwendet werden ⁵⁾. Die Rechtsgrundsätze sind dann Ableitungen aus dem Rechtsprinzip im Hinblick auf allgemeine und typische Interessenlagen ⁶⁾, die so weit übersehbar sein

1) NELSON, Kritik, S. 29

2) SCHAAD, Die allgemeinen Rechtsgrundsätze, S. 50

3) NELSON, Kritik, S. 29

4) WOLFF, Rechtsgrundsätze, a.a.O., S. 37 f.

5) NELSON, Kritik, S. 29; a. A.COING,
Die obersten Grundsätze, S. 249

6) WOLFF, Rechtsgrundsätze, S. 37 f.

müssen, daß ihre rationale Erkenntnis und Bewertbarkeit ohne weitere gedankliche Voraussetzungen möglich ist.

d) Die Abstraktionsmethode.

Zur Exposition der verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen und deren Positivierungen ist die abstrahierende Methode geeignet. Die deduktive Methode ist hier unbrauchbar, weil das Machtprinzip, auf welchem diese Prinzipien beruhen, kein eindeutig und objektiv faßbarer Obersatz wie das Rechtsgesetz ist. Im Gegensatz zum Induktionsverfahren führt die Abstraktionsmethode nicht zu Lehr-, sondern zu Grundsätzen ¹⁾. Sie knüpft nämlich nicht nur an beobachtete Tatsachen, sondern an diejenigen Faktoren des Einzelrechtssatzes an, die als für die Rechtsfolge wesentlich erkannt sind, weil sie objektiv von Einfluß auf die im Spiele stehenden Interessen sind (ratio legis). Grundlage der abstrahierenden Methode ist also nicht nur die Beobachtung, sondern die Erkenntnis. Durch diesen ungleichwertigen, der Beobachtung zusätzlich nachgeschalteten, zweistufigen Vorgang unterscheidet sie sich vom Induktionsverfahren. Die als rechtserheblich erkannten Faktoren - die Entscheidungsgründe - werden mit Hilfe der Denkmnipulation der in der Regel generalisierenden Abstraktion auf stufenweise allgemeinere Grundsätze (untere Verbesonderungen) zurückgeführt, bis sie schließlich zu verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen emporsteigen ²⁾. Die so gefundenen Grundsätze unterliegen freilich der ständigen Kontrolle durch das Rechtsgesetz, das zeitlich und örtlich konstante absolute Geltung beansprucht (systematischer und effektiver Vorgang): Sie müssen das Prinzip der Gerechtigkeit mittelbar oder unmittelbar intendieren und dürfen

1) NELSON, Kritik, S. 29

2) M. WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft
S. 395; del VECCHIO, Grundprinzipien,
S. 12

ihm nicht nachweisbar widersprechen. Manchmal sind auch besondere Rechtsgrundsätze im Abstraktionsverfahren aufweisbar, nämlich dann, wenn sie in "allgemeinen Rechtsgedanken", die aus ihren Konkretisierungen herausgelöst werden, enthalten sind. Die Kenntnis der politisch-rechtlichen Prinzipien wirkt ihrerseits auf die Abgrenzung der Merkmale des Einzelrechtssatzes zurück, indem sie deren Entscheidungserheblichkeit bestimmt. Methodisch gefunden werden demnach die politisch-rechtlichen (manchmal auch die besonderen) (Rechts-) Grundsätze der Leistungsverwaltung durch ein kreislaufähnliches Verfahren: Das Erfassen der Erkenntnisgründe des Einzelrechtssatzes ist Ausgangspunkt des Abstraktionsverfahrens. Ob die durch dieses Verfahren aufgewiesenen Grundsätze rechtmäßig sind, ist erst erwiesen, wenn ein Inbeziehungsetzen zum Rechtsprinzip offenbart hat, daß sie das Rechtsgesetz unmittelbar oder mittelbar intendieren und nicht nachweisbar rechtswidrig sind. Sind die Grundsätze so als mit dem Rechtsprinzip konsonant qualifiziert, können sie ihrerseits zur Wesenserkenntnis des Einzelsatzes beitragen, indem sich durch sie bestimmen läßt, welche Faktoren des Einzelsatzes von maßgebendem Einfluß auf den rechtlichen Wert der auf dem Spiele stehenden Interessen sind. Die politisch-rechtlichen Prinzipien wirken auch insofern vom Allgemeinen zum Besonderen, als sie die Zahl der dem Abstraktionsvorgang zugrunde liegenden Einzelsätze vergrößern, weil sich ergibt, daß bisher nicht berücksichtigte Einzelrechtssätze der Interessenwertung nach mit einem bestimmten Prinzip konso-

nieren ¹⁾.

e) Undurchführbarkeit des Abstraktionsverfahrens
und das Analogieverfahren.

Undurchführbar ist die Methode der Zergliederung dort, wo die Leistungen der öffentlichen Verwaltung sich nicht auf einen Rechtssatz stützen. Daß gerade solche Leistungsverhältnisse, die die Befriedigung elementarer Lebensbedürfnisse zum Inhalt haben, häufig im rechtssatzfreien Raum abgewickelt werden, wird an anderer Stelle darzulegen sein. Zur Exposition der Prinzipien verbleibt hier nur das Analogieverfahren: Sind die den Einzelrechtssätzen zugrunde liegenden Interessen - lagen den auf Elementarbefriedigung gerichteten Einzelinteressen offenbar in den wesentlichen Beziehungen gleich, so rechtfertigt das die Annahme, daß auch für Leistungen im rechtssatzfreien Raum die mit Hilfe der Einzelrechtssätze aufgewiesenen Prinzipien gelten.

1) Mit Recht warnt ESSER, Grundsatz und Norm, S. 11 f., vor einem "harmonisierenden Positivismus", demzufolge alle aus staatlich gesetzten Einzelanordnungen gewonnenen "Prinzipien" auch rechtmäßige Grundsätze sind. Das ist in der Tat die Gefahr der Abstraktionsmethode. Es zeigt sich häufig genug, daß aus der willkürlichen Wahl der Einzellösungen gar kein Prinzip zu entnehmen ist (del VECCHIO, Grundprinzipien, a.a.O., S. 71). Der gültigen Einsicht Feuerbachs (Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft, 1804, S. 76, zit. nach ESSER, a.a.O., S. 11, Anm. 32), daß es von einer bestimmten Grenze ab "unmöglich sei, unmittelbar aus dem Einzelnen das Allgemeine rückwärts abzuleiten", trägt nur das Deduktionsverfahren Rechnung, mit dessen Hilfe die Regel unabhängig vom Gegebenen erst zu finden ist. Die Methode, einzelne Gesetzesstellen als stellvertretenden Ausdruck für ein Prinzip oder einen allgemeinen Rechtsgedanken anzugeben, ist mithin nur nach kritischer Prüfung der Typik der Interessenlagen gerechtfertigt.

Vierter Abschnitt: Die Prinzipien der Leistungsverwaltung im besonderen.

Mit den Rechtsprinzipien der Leistungsverwaltung verbinden sich in Wissenschaft und Rechtsprechung nur recht unbestimmte Vorstellungen. Meistens sind diese Vorstellungen zudem einer betont liberalrechtsstaatlichen Denkweise verpflichtet. Sie vernachlässigen es, die infolge des Wandels der soziologischen Tatbestände veränderten Voraussetzungen der Leistungsverwaltung zu berücksichtigen. Dabei sprechen viele Anzeichen dafür, daß die im Sozialstaat notwendig gewordene Korrektur des verwaltungsrechtlichen Dogmas nicht erst bei dem rechtsprinzipiellen Gehalt der leistenden Verwaltungstätigkeit, sondern schon bei dem dieser Rechtsmaterie zugeordneten Begriffen einzusetzen hat. Viele der überkommenen Begriffe scheinen die Eigenart der Leistungsverhältnisse nicht mehr wesensgemäß zu erfassen ¹⁾. Das wird sich bei der folgenden Erörterung der einzelnen Prinzipien nicht selten als zutreffend erweisen.

§ 8 Das Subsidiaritätsprinzip.

a) Gesetzliche Grundlagen.

aa) Das Grundgesetz (GG) sichert in Art. 6 institutionell das Recht der Familie. In Art. 28 Abs. 2 garantiert es die gemeindliche Selbstverwaltung und bekennt sich in den Artikeln 20 Abs. 2, 79 Abs. 3 zum föderalistischen Staatsaufbau der Bundesrepublik. In Art. 9 endlich statuiert es das Recht zur Korporationsbildung. An der Spitze aller Grundrechte steht das Grundrecht der Würde des Menschen, d.h. sein Recht auf personales Sein.

bb) Die Gemeindeordnungen mehrerer Länder der Bundesrepublik (vgl. § 69 Abs. 1 Ziff. 1 Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen; Art. 75 Abs. 7 Ziff. 3 Bayerische Gemeindeordnung; § 71 Abs. 1 Ziff. 3 Rheinland-pfälzisches Selbstverwaltungsgesetz; § 67 I Ziff. 3 Niedersächsische Gemeindeordnung; § 50 Abs. 1

1) FORSTHOFF, VR, 7. Auflage, S. 320

Ziff. 3 Badische Gemeindeordnung; auch § 67 Abs. 1 Ziff. 3 Deutsche Gemeindeordnung) bestimmen, daß die Gemeinden wirtschaftliche Unternehmungen nur dann errichten dürfen, wenn der damit verfolgte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Diesen Bestimmungen liegt offenbar der Gedanke zugrunde, daß die öffentliche Wirtschaftstätigkeit nur da einsetzen darf, wo die private Wirtschaft außer Stande ist, existenzwichtige Versorgungsaufgaben preiswert zu übernehmen ¹⁾.

cc) § 21 der Reichsverordnung über die Fürsorgepflicht vom 13.2.1924 bestimmt, daß Verpflichtungen Dritter, einen Hilfsbedürftigen zu unterstützen, durch diese Verordnung nicht berührt werden. Nach § 5 der Reichsgrundsätze der öffentlichen Fürsorge vom 1.8.1939 (i. d. F. vom 20.8.1953 und 4.5.1957) ist hilfsbedürftig, wer den notwendigen Lebensbedarf für sich und seine unterhaltsberechtigten Angehörigen nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln beschaffen kann und ihn auch nicht von anderer Seite, insbesondere von Angehörigen erhält ²⁾.

b) Das Subsidiaritätsprinzip im Schrifttum.

Besonders aus den genannten Sätzen des geschriebenen Rechts ist die These abgeleitet worden, der gesamten Staatstätigkeit liege der soziologischen Stufenfolge der Gesellschaft entsprechend

-
- 1) HAMANN, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 69
 - 2) Einen ähnlichen Gedanken enthält § 137 AVAVG vom 3. 4./ 27. 7. 57, wonach Förderungen nach den §§ 130, 131, 133, 135 und 136 des Gesetzes nur gewährt werden dürfen, wenn die erforderlichen öffentlichen Mittel den Beziehern von Arbeitslosengeld nicht oder nicht in ausreichendem Maße zur Verfügung stehen und auch nicht von Dritten zur Verfügung gestellt werden. Vgl. ebenfalls § 5 II DVO zum Heimkehrergesetz vom 19. Juni 1950

ein allgemeines Aufbauprinzip, das sogenannte Subsidiaritätsprinzip, zugrunde. Dieses Prinzip sei ein Rechtsprinzip ¹⁾. Die Begründungen dafür sind unterschiedlich. Dürig ²⁾ folgert den Rechtscharakter des Subsidiaritätsprinzips verfassungsgeschichtlich aus der Zusammenschau der vorhin genannten Artikel des Grundgesetzes. Sie bestätigten positiv-rechtlich die historische Erkenntnis vom Surrogatscharakter des Staates. Der Staat sei an die Stelle ehemals vorhandener engerer Gesellschaftseinheiten getreten. Er habe seinen Surrogatscharakter bis heute nicht verloren. In Übereinstimmung mit Jerusalem ³⁾ meint Dürig, der Staat sei da nicht zuständig, wo als Überreste ursprünglicher Gesellschaftseinheiten noch kollektive Bindungen des heutigen Menschen bestünden. Daß das Subsidiaritätsprinzip dem Staatsaufbau und der Staatsform der Bundesrepublik mittelbar zugrunde liegt, glaubt auch Maunz ⁴⁾ aus den zitierten Artikeln des Grundgesetzes herleiten zu können. Nach Utz ⁵⁾ ist das Subsidiaritätsprinzip deshalb ein Gerechtigkeitsgrundsatz, weil es darauf abziele, jedem das Seine zuzuteilen. Es sei allerdings ein Prinzip der strukturellen, nicht der inhaltlichen Gerechtigkeit,

1) DÜRIG, Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, JZ 1953/193 f; MAUNZ, Deutsches Staatsrecht, 8. Auflage, 1958, S. 62; MAUNZ-DÜRIG, Kommentar zum GG Art. 1; Anm. 54, Art. 2, Randnote 52; zur Begründung des Stichentscheidurteils verwendet auch das BVerfG (NJW 59, 1483) ausdrücklich das Subsidiaritätsprinzip. Vgl. ferner v. MÜNCH, JZ 60, 305, der den Rechtscharakter des Prinzips aus der "Menschenauffassung" des GG ableiten will. Kritisch ablehnend dazu STERN, JZ 60, 523, Anm. 40

2) DÜRIG, JZ 53, 193 f.

3) Die Grundrechte des BGG und ihre Durchsetzung in der Rechtsprechung, SJZ 50, 2 f.

4) Staatsrecht, 8. Auflage, 1953, S. 62

5) Das Subsidiaritätsprinzip, S. 57

weil aus seiner Aussage qualitativ verschiedene Schlußfolgerungen zu ziehen seien ¹⁾. Eine Reihe von Autoren abstrahiert das Subsidiaritätsgesetz vom Normgehalt der jeweiligen Staatsverfassung und der geschriebenen Rechtssätze und verweist es in eine besondere naturrechtliche Ordnung ²⁾. Zur Begründung wird geltend gemacht, das Prinzip gründe auf wesentlichen Seins-sachverhalten ³⁾. Diejenige Ordnung; die aus dem Sein der menschlichen Natur folge, sei aber die Naturrechtsordnung ⁴⁾. Im übrigen bleibt indes das Schrifttum eine Auskunft über das Verhältnis des Subsidiaritätsprinzips zum Rechtsgesetz schuldig. Meistens wird nur hervorgehoben, das Prinzip trage rein formalen Charakter. Dementsprechend wird es als Ordnungsnorm ⁵⁾, Organisationsprinzip ⁶⁾ oder Aufbauprinzip ⁷⁾ bezeichnet. Der sozialphilosophische Ursprung des Prinzips wird hingegen nirgendwo verkannt ⁸⁾.

-
- 1) A.a.O., S. 60; den Zusammenhang des Prinzips mit der zuteilenden Gerechtigkeit hebt sachlich schon R.v. MOHL, Die Polizeiwissenschaft, S. 14, hervor
 - 2) SÜSTERHENN, Das Subsidiaritätsprinzip als Grundlage der vertikalen Gewaltenteilung, Festschrift für NAWIASKY, S. 141 ff; LINK, Das Subsidiaritätsprinzip, S. 96; G.KÜCHENHOFF, Staatsverfassung und Subsidiarität, S. 77
 - 3) LINK, S. 96
 - 4) G. KÜCHENHOFF, a.a.O.
 - 5) LINK, a.a.O.; S. 96
 - 6) SÜSTERHENN, a.a.O., S. 141 ff.; STADTLER, Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus, S. 59; UTZ, Subsidiaritätsprinzip, S. 60
 - 7) UTZ, Formen und Grenzen, S. 27; MAUNZ-DÜRIG, Komm. zum GG, a.a.O.; MARCIC, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, S. 428 f.
 - 8) Z.B. SÜSTERHENN, a.a.O., S. 148, v. MÜNCH, JZ 60, 304, G. KÜCHENHOFF, Das Prinzip der staatlichen Subsidiarität im Arbeitsrecht, RdA 1959, 201-206

c) Der Gehalt des Prinzips.

Soziologisch gründet das Subsidiaritätsprinzip auf der zutreffenden Erkenntnis, daß die gesellschaftliche Wirklichkeit nicht allein geprägt ist durch die Polarität zwischen dem Einzelnen und dem Staat, sondern daß zwischen beide zahlreiche menschliche Gemeinschaftsbildungen als Zwischenglieder geschaltet sind. Daraus folgt die Notwendigkeit, die Eingriffszuständigkeit dieser komplexen Gebilde für den Fall zu regeln, daß ihre Kompetenzansprüche auf Übernahme wirtschafts-, kultur- oder sozialpolitischer Aufgaben mit den Ansprüchen des Einzelnen, seine Interessen selbst zu befriedigen, kollidieren. Dem Subsidiaritätsgesetz zufolge ist dieser Konflikt so zu lösen, daß dem Einzelnen durch die nächst höhere Gemeinschaft nur diejenigen Interessenverfolgungen entzogen werden dürfen, die ihm ohne überwiegende Nachteile für das gemeine Wohl nicht überlassen bleiben können¹⁾. Diese Aussage ist zu konkretisieren, um einem Mißverständnis des Subsidiaritätsgesetzes vorzubeugen. Aus ihr lassen sich zwei Bedingungen unmittelbar ableiten, die vorhanden sein müssen, damit die Kompetenzübernahme durch die nächsthöhere soziologische Einheit rechtmäßig ist.

1. Die eine (unmittelbar einsichtige) Bedingung ist das Ausserstandesein der engeren Gemeinschaft oder des Einzelnen zur Verfolgung seiner Interessen ohne Verletzung überwiegender Gemeininteressen. Das Subsidiaritätsgesetz ist Vorrangsgesetz: Es begründet eine Beweisvermutung zugunsten der Kompetenz

1) WOLFF, VR I, § 3 I c, S. 14; SÜSTERHENN, a.a.O., S. 47; vgl. auch die Enzyklika des Papstes PIUS XI. vom 15.5.1931, die sich aus theologischer Sicht mit dem Subsidiaritätsprinzip befaßt

des Einzelnen und demnächst der jeweils engeren sozialen Gruppen zur Wahrnehmung ihrer Interessen ¹⁾.

2. Die zweite Bedingung der Interessenverfolgung durch die nächsthöhere Einheit ist nicht unmittelbar evident, folgt aber wie die erste zwingend aus dem Inhalt des Subsidiaritätsgesetzes:

Ist der Einzelne leistungsunfähig, so berechtigt das die nächsthöhere (leistungsfähige) Gesellschaftseinheit in der Regel nicht ohne weiteres zur Kompetenzübernahme, sondern begründet zunächst deren Verpflichtung, durch bloß unterstützende Maßnahmen die Leistungsfähigkeit des Einzelnen wiederherzustellen ²⁾.

Erst wenn mit objektiver Gewissheit feststellbar ist, daß der Einzelne dauernd außerstande ist, seine Interessen ohne überwiegende Nachteile für das gemeine Wohl zu verfolgen, ist der nächsthöhere Verband zu vorletzt oder der Staat mit Rücksicht auf das gemeine Wohl befugt, unter Übernahme der Kompetenz Interessen einzelner Menschen oder engerer sozialer Gruppen zu verfolgen ³⁾. Die Hilfe des übergeordneten Verbandes braucht aber nicht immer einzusetzen, wenn der Einzelne zur Wahrnehmung seiner Interessen nicht in der Lage ist, sondern nur dann, wenn das gemeine Wohl, das sind die wahren Gemeininteressen im engeren Sinne ⁴⁾ das verlangen. Insofern stellt das Subsidiaritätsprinzip eine Ergänzung des Gemeinwohlgrundsatzes dar.

1) SÜSTERHENN, a.a.O., S. 148

2) Zutreffend STADLER, Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus, S. 58; anders, zu undifferenziert, v. MÜNCH, JZ 60, 306, den Staat treffe keine Rechtspflicht, sondern nur eine politische Pflicht zur Hilfeleistung

3) SÜSTERHENN, a.a.O., S. 147

4) WOLFF, VR, I, § 29 III a 3, S. 122

Diese zweite Bedingung der Kompetenzübernahme ist mit besonderem Nachdruck hervorzuheben, weil sie im einschlägigen Schrifttum häufig außer Acht gelassen wird. Da die erste Bedingung die Tätigkeit der übergeordneten Gemeinschaft zugunsten der untergeordneten beschränkt, soll sie als negative, da die zweite Bedingung das Gebot der Interessenförderung enthält, soll sie als positive Subsidiarität bezeichnet werden. Der Begriff der Subsidiarität läßt einen weiteren mit dem sachlichen Gehalt des Gesetzes übereinstimmenden Schluß zu: Die übergeordnete gesellschaftliche Einheit darf die Tätigkeit des Einzelnen (limitativ) bloß unterstützen. Ihre Hilfe darf in keinem Falle weitergehen als das Unvermögen des Einzelnen reicht ¹⁾. Dem Einzelnen muß stets ein Spielraum seiner Eigentätigkeit verbleiben, weil andernfalls die Hilfe einer Tätigkeitsübernahme gleichkäme ²⁾. In der Praxis wird das Schwergewicht auf der zweiten Bedingung (der positiven Subsidiarität) liegen, weil es der übergeordneten soziologischen Einheit oder dem Staat in der Regel möglich sein wird, durch unterstützende Maßnahmen den Einzelnen oder die ihr jeweils untergeordnete Gemeinschaft zur Wahrnehmung ihrer eigenen

-
- 1) UTZ, Formen und Grenzen, S. 28; VAN DER VEN, Organisation, Ordnung und Gerechtigkeit in: UTZ, Das Subsidiaritätsprinzip, S. 45 ff.
 - 2) Vgl. z.B. § 25 I. BVG i. d. F. vom 6.6.1957 und 1.7.1957, wonach die soziale Fürsorge den Beschädigten und Hinterbliebenen behilflich zu sein hat, die Folgen der erlittenen Schädigung oder des Verlustes des Ernährers nach Möglichkeit zu überwinden oder zu mildern. Typischer Ausdruck dieses Gedankens sind auch §§ 34 Ziff. 2 WBG v. 27.6.56, wonach öffentliche Mittel zur Wohnungsbauförderung nur bewilligt werden, wenn der Bauherr eine gewisse Eigenleistung zur Deckung der Baukosten erbringt oder anderweitigen Ersatz für die mangelnde Eigenleistung herbeischafft (sog. unechte Eigenleistung)

Interessen instandzusetzen.

Das Subsidiaritätsgesetz besagt dagegen nicht, wie vielfach angenommen wird, daß der Einzelne vorzuleisten und die Gesellschaft erst dann einzuspringen habe, wenn seine Kraft erschöpft ist und sich Hilfe von dritter Seite erforderlich erweist. Diese Deutung widerspräche geradezu dem Sinn des Subsidiaritätsgesetzes. Sie ist überdies mit der Lebenswirklichkeit unvereinbar ¹⁾. In der Tat verhält es sich oft nahezu gerade umgekehrt. Der gesellschaftliche Verband (Familie, soziale Gruppen, Staat) hat vorzuleisten, nämlich die Bedingungen und Voraussetzungen zu schaffen, unter denen die untergeordneten Gemeinschaften oder der Einzelne imstande sind, ihre Interessen zu verfolgen. Diese Erkenntnis ist für das richtige Verständnis des Subsidiaritätsprinzips wesentlich. Das Subsidiaritätsprinzip ist also kein Vorrangsprinzip in dem Sinne, daß es die zeitliche Reihenfolge der Hilfeleistungen ein für alle mal festlegt.

Fassen wir zusammen: Das Subsidiaritätsprinzip begrenzt einerseits die Leistungen der gesellschaftlichen Verbände und des Staates als höchster soziologischer Einheit (negative Subsidiarität). Darin erschöpft sich aber sein Gehalt nicht. Wenn es das gemeine Wohl fordert, bedeutet es andererseits Verpflichtung der übergeordneten Gesellschaftseinheit zur Sozialgestaltung (positive Subsidiarität). Zusammen mit dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit, das, wie aus den bisherigen Ausführungen hervorgeht, zu ihm in enger Beziehung steht, ist der Grundsatz der Subsidiarität aus dem gleichen Obersatz ableitbar, den Dürig ²⁾ als "Gemeinwohlverwirklichung unter Schonung vorhandener außerstaatlicher Substanzen" bezeichnet.

1) V.NELL-BREUNING, Bedürftigkeitsprüfung oder Bedürfnis in: RICHTER, Die Sozialreform, Bd. 5 Ziff. N VI S. 1 - 3 (QUELLE: Soz. Fortschritt 1956 Nr. 1 S. 8 ff;) MOLITOR, Subsidiaritätsprinzip und Gesellschaftspolitik in: Soziale Welt 7 (1956) S. 60 f.

2) Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, JZ 53, 193 f.

d) Formen der Subsidiarität.

Die Form der Hilfeleistung durch die jeweils zuständige Gesellschaft kann unterschieden werden in solidarische und institutionelle Hilfeleistung.

1. Solidarisch ist sie, wenn die Hilfe dem Einzelnen als Individuum (unmittelbar) zugute kommt ¹⁾. Die solidarische Hilfe ist orientiert an individuellen Bedürfnissen, die sie, wenn sie der Befriedigung überwiegender Privatinteressen entgegenstehen, vermindern will, indem sie die dazu geeigneten Voraussetzungen schafft. Beispiele für die solidarische Hilfe sind die meisten staatlichen Individualleistungen, weil sie direkt auf das Einzelbedürfnis bezogen sind (z.B. die Leistung der Fürsorge, Sozialversicherung, Rentenversicherung, Kriegsopferversorgung, Lastenausgleich u.a.).

2. Institutionell ist die Hilfeleistung dagegen dann, wenn sie diejenigen Bedingungen zur Selbsthilfe schafft, die an den Bedürfnissen der Gesamtheit primär ausgerichtet sind ²⁾ und dem Einzelnen nur mittelbar zugute kommen. Dazu zählen nicht die Leistungen der existenziellen Daseinsvorsorge (Gas-, Wasser-, Stromversorgung), deren Maß sich zwar nach den Bedürfnissen der Gesamtheit richtet, die aber dem Einzelnen stets unmittelbar zugute kommen. Gemeint ist mit institutioneller Hilfe vielmehr das Bereitstellen allgemeiner Organisationen und Institutionen zugunsten der Gesamtheit.

Diese können zwar dem Einzelnen unmittelbar zugute kommen. Meistens ist das aber nicht der Fall, weil die Institutionen und Organisationen gewisser Standardbedürfnisse wegen geschaffen

1) UTZ, Formen und Grenzen, S. 24

2) UTZ, Formen und Grenzen,
S. 25, 37

sind, die keineswegs auch die Bedürfnisse jedes Einzelnen zu sein brauchen. Auf derartige Standardbedürfnisse bezogen sind zum Beispiel staatliche Leistungen kultureller Art, wie Theater, Museen, Höhere Schulen sowie die Fachschulen und Hochschulen usw., während die Grund (-Volks) schulen den Einrichtungen der Daseinsvorsorge zuzurechnen sind. Diese Leistungen kommen dem Einzelnen nur mittelbar, nämlich dann zugute, wenn er kulturelle Interessen verfolgen will.

Die Unterscheidung in solidarische und institutionelle Hilfeleistung ist nicht nur für die Form, sondern auch für das Maß der gesellschaftlichen Hilfeleistung von Bedeutung ¹⁾. Denn die Frage, ob das Einzel- oder das Standardbedürfnis primär zu berücksichtigen ist, ob also Maßstab für die gesellschaftliche oder staatliche Hilfe das isolierte oder am Gesamtbedürfnis gemessene Einzelbedürfnis ist, ist unvermeidbar, aber durch die vorangegangenen allgemeinen Erörterungen schon beantwortet: Der streng personale Bezugspunkt des Subsidiaritätsprinzips setzt den Maßstab der Hilfeleistung; er richtet sich ausschließlich nach der objektiven Dringlichkeit des Einzelinteresses ²⁾. Im modernen Staatswesen ist der Trend zur solidarischen Subsidiarität unverkennbar. Das ist begründet in der soziologischen Struktur des gegenwärtigen Staats und (als Folge davon) in den rechtsideologischen Vorstellungen seiner Bürger. Der effektive Kontakt zwischen dem Einzelnen und der den Staat repräsentierenden öffentlichen Verwaltung hat ein bisher ungekanntes Maß erreicht. Die im liberalen Rechtsstaat noch in aller Regel getrennte private und staatliche Rechtssphäre ist unlösbar ineinander verwoben. Weil der Staat nicht mehr einer autonomen Gesellschaft gegenübersteht, fehlt ihm auch die notwendige Distanz, aus der heraus

1) UTZ, Formen und Grenzen, S. 37

2) Die subjektive Dringlichkeit bleibt außer Betracht, da das Leistungsvermögen des Einzelnen allein nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen ist.

er die Entwicklung von Standardbedürfnissen beobachten kann, um dementsprechend durch Bereitstellen von Institutionen und Organisationen Hilfe leisten zu können. Der Staat wird durch das Medium der öffentlichen Verwaltung in jedem Augenblick auf das anonyme Glied der industriellen Massengesellschaft zurückverwiesen und mit dessen materiellen und ideellen Ansprüchen konfrontiert: Wenn er hilft, orientiert er sich an individuellen Bedürfnissen.

e) Objekt und Ziel der Subsidiarität.

Neben der Unterscheidung nach Form und Maß kann man die gesellschaftliche oder staatliche Hilfeleistung nach Objekt und Ziel ¹⁾ unterscheiden:

1. Der Staat oder der jeweils übergeordnete gesellschaftliche

Verband können eine auf das eigene Wohl gerichtete (autotele) Handlung des Einzelnen unterstützen. Das ist der Fall, wenn der jeweilige gesellschaftliche Verband die Bedingungen für die Existenzsicherung schafft. Auf Existenzsicherung sind gerichtet alle sozialstaatlichen Leistungen wie die der öffentlichen Fürsorge, Alters- oder Kriegsopferversorgung, Renten- oder Sozialversicherung u.a.m. Dazu gehört auch die Befriedigung existenzieller Bedürfnisse durch Gas, Wasser, Strom usw.

2. Der Staat oder der jeweils übergeordnete gesellschaftliche

Verband kann auch eine auf fremdes Wohl gerichtete (heterotele) Handlung des Einzelnen oder irgendwelcher Gesellschaftseinheiten unterstützen. Diese Unterscheidung ist freilich nur dann sinnvoll, wenn man den nachgeordneten gesellschaftlichen Verband nicht bloß als Vermittler einer die Einzelinteressen unterstützenden Staatstätigkeit auffaßt. Das ist auch nicht notwendig. Denn es gibt dem Einzelnen übergeordnete soziologische Einheiten, die mit umfangreichen persönlichen und sachlichen Mitteln ausgestat-

1) UTZ, Formen und Grenzen, S. 28

tet sind und ein originäres (nicht vom Staat abgeleitetes) Recht auf fremdgerichtete ("soziale") Tätigkeit besitzen. Dieses Recht, dessen Ursprung hier nicht weiter zu erörtern ist, entspricht einem gegenüber dem staatlichen objektiv höherwertigen Interesse der fraglichen Gesellschaftseinheiten an positiven Interessenförderungen, weil sie infolge eines intensiveren, durch gründliche Erfahrung unterstützten Kontaktes mit dem Einzelnen eher als der Staat in der Lage sind, die individuelle Leistungskraft wiederherzustellen. Zu diesen gesellschaftlichen Verbänden zählen namentlich

aa) die freien Wohlfahrtsverbände ¹⁾ (Arbeiterwohlfahrt,

Deutscher Caritas-Verband, Deutscher paritätischer Wohlfahrtsverband, Deutsches Rotes Kreuz, Innere Mission). Unterstützt wird in erster Linie ihre freie soziale, auf Förderung anderer gerichtete Tätigkeit;

bb) die Jugendverbände. Auch sie fördern aus eigenem Recht das Wohl anderer;

cc) die gemeinnützigen Wohnungsunternehmen, denen vom Staat besondere Steuern- und Gebührenvergünstigungen gewährt werden. (§ 4 Abs. 1 Ziff. 6 KStG; § 3 Abs. 1 Ziff. 6 Vermögenssteuergesetz i.d.F. vom 10.6.1954; § 3 Ziff. 6 Gewerbesteuersteuergesetz i.d.F. vom 21.12.1954; § 4 Abs. 1 Ziff. 1 Grunderwerbssteuergesetz vom 29.3.1940; § 18 Abs. 1 Ziff. 19 Erbschaftsteuergesetz i.d.F. vom 30.6.1951, 23.7.1956). Die gemeinnützigen Wohnungsunternehmen werden neben Bund und Ländern als gleichberechtigte Träger staatlicher Wohnungspolitik angesehen (vgl. § 26 Abs. 2 2. Wohnungsbaugesetz). In der Hauptsache wollen sie die allgemeine Wohnungsversorgung fördern, namentlich zugunsten

1) Dazu UTZ, Formen und Grenzen, S. 28

derjenigen Bevölkerungskreise, die sich nicht selbst durch Eigenbau und Selbstversorgungsbau helfen können. Die gemeinnützigen Wohnungsunternehmen - in der Regel juristische Personen des Privatrechts - sind in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts aus christlich-caritativen und wohnungsreformerischen Selbsthilfeströmungen entstanden und haben sich unter Mitwirkung des Gesetzgebers zu einem eigenen Unternehmenstypus entwickelt.

f) Das Subsidiaritätsprinzip als Rechtsgrundsatz.

Abschließend ist zu erörtern, ob das Subsidiaritätsgesetz seinem beschriebenen Gehalt nach (allgemeiner oder besonderer) Rechtsgrundsatz oder verfassungsgestaltende Grundentscheidung ist. Das hängt davon ab, ob es sich aus dem Rechtsprinzip unmittelbar ableiten läßt oder nicht. Das Rechtsprinzip gebietet nicht Interessenverfolgungen, sondern schränkt diese nur ein ¹⁾. Da das Subsidiaritätsprinzip die nächsthöhere Gemeinschaft darüber hinaus verpflichtet, die Interessen der untergeordneten Gemeinschaft oder des Einzelnen durch unterstützende Maßnahmen positiv zu fördern ²⁾, scheint es aus dem Rechtsgesetz nicht ableitbar zu sein.

Denn das Gebot, fremde als vorzugswürdig erkannte Interessen zu fördern, unterscheidet sich seinem sachlich-normativen Gehalt nach grundlegend vom limitierenden Gebot des Rechtsprinzips. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß das Förderungsgebot mit dem Gebot des Rechtsgesetzes notwendig dissoniert.

Die Annahme, das Subsidiaritätsprinzip sei aus dem Rechtsgesetz

1) Limitierender Charakter des Rechtsgesetzes,
WOLFF, Über die Gerechtigkeit,
a.a.O., S. 114

2) Zutreffend STADLER, Subsidiaritätsprinzip und
Föderalismus, S. 58, das Subsidiaritätsprinzip
gewähre dem Einzelnen neben dem status negativus
auch einen status positivus.

nicht ableitbar, erweist sich indessen in einer wesentlichen Beziehung als unrichtig:

Ist der Einzelne zur Befriedigung seiner Elementarinteressen außerstande, so kennzeichnet der oberste objektive Maßstabwert, der Rechtswert der menschlichen Würde, die auf staatliche Hilfeleistung gerichteten Individualinteressen als die objektiv und unbedingt höherwertigen gegenüber den staatlichen Interessen am Unterlassen der Hilfeleistung. Diese Interessen hat der Staat dem Rechtsprinzip zufolge als die objektiv minderwertigen zurückzustellen. Das Verbot, die Hilfeleistung zu unterlassen, bedeutet zugleich aber zwingend das Gebot, Hilfe zu leisten. Denn das Förderungsgebot ist in diesem Falle nur die Kehrseite des unmittelbar aus dem Rechtsprinzip folgenden Imperativs, die staatlichen Unterlassungsinteressen als die nicht vorzugswürdigen zurückzustellen. Das Förderungsgebot ist sachlich identisch mit dem zweiten, rechtsgesetzmäßigen Gebot der Subsidiarität und deshalb im Rechtsprinzip selbst enthalten. Die sachliche Identität folgt aus der Tatsache, daß das Subjekt, dem die miteinander verglichenen Interessen zugeordnet sind, dasselbe ist: Förderungs- und Unterlassungsinteressen sind jeweils Interessen des Staates.

Stellen wir als Ergebnis fest:

Nur wenn die Individualinteressenlage dem Rechtswert der Würde eindeutig und mit objektiver Gewißheit erkennbar zugeordnet ist, folgt, weil es sich um elementare (existenzerhaltende) Interessen handelt, das Gebot auf positive Interessenförderung zwingend aus dem Rechtsprinzip, weil die Unterlassungsinteressen die objektiv minderwertigen sind ¹⁾. Nur dann ist also der Gehalt des Subsidiaritätsprinzips unmittelbar aus dem Rechtsprinzip ableitbar: Das Subsidiaritätsprinzip ist ein Rechtsgrundsatz.

1) S. hierzu WOLFF, Lehrbuch,
§ 11 II b, S. 43 f.

Handelt es sich hingegen nicht um existenzserhaltende, (elementare), sondern nur um existenzausfüllende und daher dem objektiven Wert der menschlichen Würde nicht eindeutig zugeordnete Interessen, ist das Subsidiaritätsprinzip, soweit es Interessenförderung gebietet, verfassungsgestaltende Grundentscheidung oder, falls die zu beurteilenden Interessen im Einzelfall dem Maßstabwert der Würde mit objektiver Erkenntnisgewißheit zugeordnet ist, ein besonderer Rechtsgrundsatz (s. auch S. 83).

1. Ob das Subsidiaritätsprinzip ein allgemeiner oder besonderer Rechtsgrundsatz ist, hängt im übrigen generell davon ab, ob das Prinzip nur die Existenz einer Vielzahl von Menschen oder außerdem bestimmte Lebensordnungen und daraus folgende politische, wirtschaftliche, ethische oder religiöse Vorstellungen des Staatsbürgers voraussetzt ¹⁾.

1) WOLFF, Rechtsgrundsätze a.a.O.,
S. 40 ; Lehrbuch I § 25 I a 2,
S. 93

Soweit diese Frage im Schrifttum erörtert wird, herrscht die Meinung vor, das Subsidiaritätsprinzip sei ein besonderer Rechtsgrundsatz ¹⁾. Dabei wird meistens verkannt, daß es erforderlich ist, die inhaltlichen Voraussetzungen des Prinzips von den Voraussetzungen seiner Anwendbarkeit auf den konkreten Lebenssachverhalt scharf zu trennen. Erst muß das Prinzip exponiert sein, bevor die Voraussetzungen seiner Anwendbarkeit zu prüfen sind. Diese könnenganz andere sein als die inhaltlichen Voraussetzungen des besonderen Rechtsgrundsatzes. Die Ansicht, das Subsidiaritätsprinzip sei ein besonderer Rechtsgrundsatz, trifft indessen zu. Allein die Existenz einer Vielzahl von Menschen zwingt in keiner Hinsicht zur Aussage des Subsidiaritätsprinzips, weil mit dieser Voraussetzung allein die dem Subsidiaritätsgesetz zugrunde liegende Interessenlage nicht erschlossen wird. Vielmehr müssen die Einzelwesen zu bestimmten gesellschaftlichen Einheiten zusammengefaßt sein. Die soziologischen Gebilde müssen gesellschaftlich gefügt, d.h. vermittels bestimmter, meist politischer, aber auch wirtschaftlicher und ethischer Vorstellungen zueinander rangmäßig in Beziehung gesetzt sein. Erst diese Voraussetzungen schaffen ihrerseits als Tatsachen und Umstände ²⁾ diejenigen typischen und bei wesentlich gleichen historischen, politischen und wirtschaftlichen Verhältnissen auch allgemeinen Situationen und Interessenlagen, die mit Hilfe des Prinzips der Subsidiarität beurteilt werden können. Diese Situationen und Interessenlagen sind zwar potentiell veränderlich und daher in der Lage, die Allgemeingültigkeit des Rechtsgrundsatzes der Subsidiarität einzuschränken ³⁾, aber doch nur in verhältnismäßig geringem

1) SÜSTERHENN, a.a.O., S. 149; UTZ, Das Subsidiaritätsprinzip, S. 60

2) WOLFF, Rechtsgrundsätze, a.a.O., S. 40, Lehrbuch I § 25 I a 2, S. 93

3) Darauf weist mit Recht BÖTTCHER, Strukturwandel der Gesellschaft, a.a.O., hin

Maße. Einmal gewährleistet das vitale Kontaktbedürfnis, das zur Bildung rangungleicher Gruppen führt, im wesentlichen konstante Interessenlagen. Zum anderen - das betrifft aber mehr die Voraussetzungen der Anwendbarkeit des Subsidiaritätsprinzips - ist die Grenze der Tätigkeit der dem Einzelnen übergeordneten Gemeinschaft durch den konstanten, jedem Rechtsgrundsatz zugeordneten Rechtswert der Würde bezeichnet. Angesichts derjenigen Interessen, die von diesem Rechtswert betroffen werden, ist der Rechtsgrundsatz der Subsidiarität konstant. Hinsichtlich aller übrigen Interessenlagen läßt er zeitlich und örtlich unterschiedliche Beurteilungen zu, weil die Bewertung der Interessen durch die Beurteilenden ihrerseits von mehreren Umständen abhängt und mit deren Veränderung schwankt ¹⁾. Die nicht dem Rechtswert der Würde zugeordneten Interessenlagen sind das Einfallsstor für die verfassungsgestaltende Grundentscheidung der Subsidiarität, die den besonderen Rechtsgrundsatz mehr oder minder stark beeinflussen kann. Soweit die dem Subsidiaritätsprinzip zugrunde liegenden Interessenlagen als typische und objektiv höherwertige Rechtswerte die menschliche Würde und die persönliche Freiheit postulieren, konkretisiert das Subsidiaritätsprinzip das Rechtsprinzip als dessen materiale Ergänzung.

2. Als Rechtsgrundsatz oder verfassungsgestaltende Grundentscheidung ist das Subsidiaritätsprinzip ein Fundamentalgrundsatz der Leistungsverwaltung. Dem steht nicht entgegen, daß es in den Verfassungen des Bundes und der Länder nur mittelbar, in den Gesetzen der Leistungsverwaltung (besonders des Fürsorgerechts ²⁾) nur vereinzelt Ausdruck gefunden hat. Die Geltung der allgemeinen und besonderen Rechtsgrundsätze ist davon, daß

1) WOLFF, Gerechtigkeit, S. 114

2) Vgl. die eingangs S. 68 genannten Bestimmungen

sie geschrieben sind, unabhängig ¹⁾, die verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen sind aus den einzelnen Verfassungsnormen zu abstrahieren.

Besonders die gewährende Verwaltung bedarf eines Prinzips, mit Hilfe dessen ihre Leistungsgrenzen zu bestimmen sind, ohne die sie zur totalen Versorgungsverwaltung ausarten würde. Diesen Anforderungen entspricht das Subsidiaritätsprinzip, indem es u.a. kategorisch bestimmt, daß dem Einzelnen nur diejenigen Bedingungen bereitzustellen sind, deren er bedarf, um die Hilfe des übergeordneten gesellschaftlichen Verbandes durch Selbsthilfe ersetzen zu können ²⁾. Der "individuellen Entwicklung diejenigen Bedingungen durch die Arbeit des Staates zu bieten, welche der Einzelne sich nicht selbst verschaffen kann", bezeichnet Lorenz von Stein ³⁾ als Begriff und Idee der Verwaltung überhaupt ⁴⁾. Es geht also nur darum, daß die Leistungsverwaltung dem Einzelnen die Grundchance zur Lebensbewältigung

1) WOLFF, Rechtsgrundsätze, S. 42

2) So schon R.v. MOHL, Die Polizeiwissenschaft, § 4, S. 14 ; vgl. ferner MENGER, DVBl. 60, 299

3) Verwaltungslehre, 3. Teil, S. 47

4) Vgl. auch Verwaltungslehre 1. Teil, S. 407; ferner ROHWER-KAHLMANN, NJW 60, 1643. Das Arbeiterrentenversicherungsgesetz v. 22.6.1889 (RGBl. S. 97) ging davon aus, daß der Arbeiter sittlich und aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt verpflichtet sei, nach Maßgabe seiner Kräfte für den Fall der Invalidität und des Alters selbst vorzusorgen (vgl. Begr. S. 57)

einräumt ¹⁾.

Das Subsidiaritätsprinzip trägt demnach limitativen (nicht limitierenden) Charakter, insofern es gebietet, nur fördernd einzugreifen, wenn der Einzelne oder die untergeordnete Gemeinschaft zur Interessenverfolgung außerstande ist (negative Subsidiarität) ²⁾. Ideengeschichtlich ist das Prinzip insofern eng mit liberal-rechtsstaatlichen Vorstellungen verflochten ³⁾. Postulierenden Charakter trägt es, soweit es Förderung fremder Interessen gebietet (positive Subsidiarität). Als Grundprinzip jeder Verwaltungstätigkeit beherrscht es neben der gewährenden auch die eingreifende Tätigkeit des Staates.

-
- 1) DARMSTAEDTER, Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaats, S. 191: "Der Rechtsstaat soll Wohlfahrts-mittler, nicht Wohlfahrtsspende sein", dazu die Kritik MENGERS, Der Begriff des sozialen Rechtsstaats, S. 28; vgl. weiter § 1 II RGRs vom 1.8.1931, wonach die Fürsorge den Hilfsbedürftigen tunlichst in den Stand setzen soll, sich und seinen unterhaltsberechtigten Angehörigen den Lebensunterhalt selbst zu beschaffen. Allgemein zum Subsidiaritätsprinzip noch H.PETERS, Die Wandlungen der öffentlichen Verwaltung in der neuesten Zeit, S. 16 f.; JOSTOCK, Grundzüge der Soziallehre und Sozialreform, S. 19, 30; MESSNER, Naturrecht, S. 199 ff; ders., Die soziale Frage, S. 270; MARCIC, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, S. 428 ff. BALLERSTEDT, Wirtschaftsverf.-Recht in: Die Grundrechte, Band III (1958), S. 55; HUBER, DÖV 56, 205; KIPP, Mensch, Recht und Staat 1947, S. 48, 102 f. 111, 120; v. MANGOLDT-KLEIN, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20 Anm. VII, 1; NAWIASKY, Allgemeine Staatslehre, § 40 S. 49 ff; JELLINEK, System der subj. öffentlichen Rechte, S. 294; BROHM, Rechtsschutz im Bauplanungsrecht, S. 67; v. SARRWEY, Allgem. VR § 21, S. 73; UTZ, Sozialethik, S. 277; MAUNZ, Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts, Verw. Arch. 59, 315 - 339; G.JELLINEK, Staatslehre, S. 263
- 2) MESSNER, Die soziale Frage, S. 626
- 3) UTZ, Formen und Grenzen, S. 47, 126; v. MÜNCH, JZ 60, 304: "Mit dieser Schütz- und Abwehrfunktion richtet sich das Subsidiaritätsprinzip letztlich gegen den Staat."

§ 9: Das Sozialprinzip (principium sociale).

a) Das materiale Sozialprinzip.

1. Indem das Subsidiaritätsprinzip unter Hinweis auf den ergänzenden Maßstabwert der menschlichen Würde (Art. 1 GG) gebietet, dem Einzelnen bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen die Grundchance zur Lebensbewältigung bereitzustellen, begründet es für den Staat oder die ihm untergeordneten Gemeinschaften die Verpflichtung, Daseinsvorsorge zu betreiben.

aa) Das setzt voraus, daß der Begriff der Daseinsvorsorge seinem rechtlichen Gehalt nach nur die zu einem menschenwürdigen Leben notwendigen Leistungen umfaßt. Die Richtigkeit dieser Annahme wird von Forsthoff, dem Schöpfer des Begriffs ¹⁾, bestritten: Dem Begriffe der Daseinsvorsorge unterfielen alle Leistungen der Verwaltung an die Staatsgenossen. Für den Begriff mache es keinen Unterschied, ob die Leistungen lebensnotwendig seien oder nicht. Danach betreibt also der Staat nicht nur Daseinsvorsorge, wenn er dem Einzelnen so elementare Versorgungsgüter wie Gas, Elektrizität oder Wasser verschafft, sondern auch dann, wenn er tätig wird, um die Allgemeinheit oder nach objektiven Merkmalen bestimmbare Personenkreise in den Genuß nützlicher Leistungen zu versetzen ²⁾. Zur Daseinsvorsorge nur die Befriedigung der vitalen Versorgungsbedürfnisse zu zählen, lehnt Forsthoff mit der Begründung ab, daß die Versorgungsbedürfnisse des modernen Menschen nicht konstant seien. Deshalb widerspreche es den dem modernen Sozial- und Verteilungsstaat entgegengebrachten Erwartungen, wollte man den Begriff der Daseinsvorsorge auf einen Mindeststandard individueller Daseinsbehauptung beschränken. Er sei weder quantitativ noch qualitativ zu begrenzen, sondern, weil sachbezogen, stets veränderlich ³⁾. Demgegenüber

1) FORSTHOFF, Verwaltung als Leistungsträger, S. 6

2) FORSTHOFF, VR, 7. Aufl., S. 322; vgl. auch
ESCHENBURG, Staat und Gesellschaft in Deutschland,
S. 94 f

3) FORSTHOFF, Rechtsfragen, S. 12

wird hervorgehoben, daß es im Bereich der Daseinsvorsorge um vitale und vordringliche Leistungen gehe, welche die individuelle Daseinsführung überhaupt erst ermöglichen ¹⁾. Beide Auffassungen argumentieren von unterschiedlichen Voraussetzungen her. Die erstgenannte Ansicht erkennt in der staatlichen Daseinsvorsorge einen bloß soziologischen Tatbestand. Das wird zum Teil ausdrücklich ²⁾, zum Teil implizite durch das Zugeständnis anerkannt, daß aus dem Begriff der Daseinsvorsorge eine rechtliche Verpflichtung der Verwaltung, Einrichtungen der Daseinsvorsorge zu schaffen oder zu verbessern, jedenfalls nicht ableitbar sei ³⁾. Maunz ⁴⁾ verzichtet überhaupt auf rechtliche Konsequenzen irgendwelcher Art. Diejenige Ansicht, die der Daseinsvorsorge nur die vitalen Versorgungsbedürfnisse zurechnet, beschränkt sich nicht nur auf eine realsoziologische Bestandsaufnahme, sondern betrachtet die sozialgestaltende Staatstätigkeit von vornherein unter einem bestimmten rechtsprinzipiellen Aspekt und versucht von daher den Begriff der Daseinsvorsorge zu bestimmen und ihm einen systematischen Standort zuzuweisen ⁵⁾. Beide Methoden der Begriffsbildung sind an sich bedenkenfrei. Zur Exposition der Prinzipien des Verwaltungshandelns bedarf jedoch jeder (unter Umständen ursprünglich) soziologische Begriff der rechtstheoretischen Präzisierung. Erst dann ist es sinnvoll zu prüfen, wie die aus dem Begriff dann ableitbaren, mehr oder weniger konstanten rechtlichen Folgerungen sich zum Rechtsprinzip verhalten, und ob deshalb die dem Begriff zugeordnete Verwaltungstätig-

1) SIMITIS, Fakt. Vertragsverhältnisse, S. 463 ff., KLEIN, VVDSTRL 8, 67 - 125 (121)

2) MAUNZ, Grundfragen, a.a.O., S. 321, FISCHERHOFF, DÖV 57, 312; DÖV 60, 41 ff.

3) FORSTHOFF, Rechtsfragen, S. 13

4) Grundfragen a.a.O.

5) HAMANN, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 69

keit Ausdruck eines Rechtsgrundstezts oder einer verfassungsgestaltenden Grundentscheidung ist. Der Versuch, den Begriff der Daseinsvorsorge soziologisch zu bestimmen, ist daher unzweckmäßig. Er führt nicht zu dem gesuchten Kriterium, mit dessen Hilfe die mannigfachen staatlichen Versorgungsleistungen zu klassifizieren sind.

Dieses Kriterium liefert das Subsidiaritätsprinzip, demzufolge die öffentliche Verwaltung dem Einzelnen nur die Grundchance zu bieten hat, indem sie ihm die notwendigen (nicht die nützlichen) Existenzbedingungen bereitstellt ¹⁾. Die Mindestvoraussetzungen zur Selbsthilfe bilden deshalb die Begriffsmerkmale der Daseinsvorsorge ²⁾. Die sonstwie zur Befriedigung irgendwelcher anderen geistigen oder körperlichen Bedürfnisse erbrachten (nur nützlichen) staatlichen Leistungen sind demgegenüber Leistungen der Daseinsgestaltung ³⁾. Soziologisch gesehen, meint Forsthoff ⁴⁾ durchaus zu Recht, die Unterscheidung zwischen notwendigen und nicht notwendigen staatlichen Leistungen sei nicht vollziehbar, weil diese nicht von dem

1) HAMANN, a.a.O., S. 69

2) Gegen die Möglichkeit eines Rechtsbegriffs der Daseinsvorsorge neuerdings wieder FISCHERHOFF, DÖV 60, 42 ff mit wenig überzeugenden Gründen. Richtig ESSER, Grundsatz und Norm, S. 154: Schon die Begriffe seien keine bloßen technischen Umschreibungen der sozialen Realitäten, sondern sie enthielten eine konkrete Vorauswahl des Rechtswesentlichen und seien in Verbindung mit den maßgeblichen Wertvorstellungen (!) konstitutives Element jeder Einzellösung

3) Sie umfassen auch die Pflicht des Staates zur ständigen Kontrolle der materiellen Lage des Einzelnen und seiner Besserstellung im Rahmen des jeweils Möglichen, so zutreffend WERTENBRUCH, GG. und Menschenwürde, S. 178

4) Rechtsfragen, S. 12

allgemeinen Lebensstandard zu lösen und damit nicht konstant seien. Daraus folge, daß auch die Leistungen der öffentlichen Verwaltung nicht konstant sein könnten. Indessen: Die Leistungen sind zwar nicht tatsächlich, aber sie sind rechtlich konstant: Das nicht Variable ist das Gebot, daß alle nicht unmittelbar auf die jeweilige Vitalsphäre bezogenen öffentlichen Leistungen mit dem Rechtsprinzip dann nicht in Einklang stehen, wenn der Staat die Befriedigung von Interessen fördert, die der Einzelne ebenso gut fördern könnte. Überall dort, wo die Befriedigung irgendwelcher geistigen oder körperlichen Bedürfnisse die individuellen Fähigkeiten nicht übersteigt, hat die öffentliche Daseinsvorsorge zugunsten der privaten zurückzutreten. Daseinsvorsorge ist mithin zunächst nicht Sache des Staates, sondern des Einzelnen und der nächsthöheren Gemeinschaft ¹⁾.

bb) Der so verstandene Rechtsbegriff der Daseinsvorsorge zwingt zu dem Schluß, daß das Subsidiaritätsgesetz mit dem Prinzip der Daseinsvorsorge identisch ist, soweit es positive Interessenförderungen gebietet (positive Subsidiarität). Das Gebot, Daseinsvorsorge zu betreiben, ist mithin ein Rechtsgrundsatz. Er ist aus dem Rechtsprinzip unmittelbar ableitbar.

2. Häufig verpflichten Einzelrechtssätze der Leistungsverwaltung den Staat zur Leistung nicht notwendiger, sondern nur nützlicher Güter, die in ihrer Gesamtheit dem Begriff der Daseinsgestaltung zugeordnet sind ²⁾. Weil die Leistungen der Daseinsgestaltung nicht unmittelbar auf den ergänzenden Rechtswert der menschlichen Würde hingeordnet sind, ist der Staat zur Daseinsgestaltung auch nicht schon durch das Rechtsprinzip, sondern kraft verfassungsgestaltender Grundentscheidung verpflichtet. Die maßgebliche Verfassungsbestimmung ist die

1) WOLFF, VR I, § 11 II b 5, S. 45

2) Z.B. § 26 BVG i.d.F. v. 6.6.56;
dazu BVerwG DÖV 57, 347

Sozialstaatsklausel des Art. 20 GG ¹⁾. Die Frage der inhaltlichen Deutung der verfassungsgestaltenden Grundentscheidung für den Sozialstaat und die Erörterung ihres Verhältnisses zum Rechtsprinzip lassen sich nicht voneinander trennen. Die inhaltliche Interpretation nimmt dabei ihren Ausgang zweckmäßig vom Sinn des Adjektivs "Sozial" ²⁾. Kaum ein Wort ist wie dieses so vielfältig in seiner Bedeutung ³⁾. Für viele bedeutet es Schwäche des Staates, Unterstützung von Arbeitsunwilligen, für andere minderwertig, weil halb geschenkt oder

-
- 1) Aus der fast unübersehbaren Fülle der Literatur vgl. ABENDROTH, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaats im GG der BR Deutschland, BERGSTRÄESSER - Festschrift, S. 279 ff; FECHNER, Freiheit und Zwang im soz. Rechtsstaat 1953; ders., Soz. Rechtsstaat und Arbeitsrecht, RdA 1955, 161-168; FORSTHOFF, BACHOF, Begriff und Wesen des soz. Rechtsstaats, VVDSt RL 12 (1954), S. 8 - 84; WOLFF, VR I, § 11; GERBER, Die Sozialstaatsklausel des GG; AÖR 1956 (Bd. 81) 1 - 56 und die dort verzeichnete Literatur; v. MANGOLDT-KLEIN, Grundgesetz, Art. 20 Anm. VII; OLBERSDORF, soz. Rechtsstaat und Arbeitsrecht, Arbeit und Recht 1955, 129-140, REINHOLD, Innere und äußere Freiheit im Wohlfahrtsstaat, Z.f soz. Ref. 59 (H.8) S. 529-540; KLEIN, BONNER GG und Rechtsstaat, ZGesStw 113 (57) 285 - 300; MELLWITZ, Die Interpretation der Sozialstaatsklausel in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Die Sozialgerichtsbarkeit, 59, 248; WERNICKE, BK Art. 20, Erl. II 1 d; Zur geschichtlichen Entwicklung GREWE, Der Begriff des Sozialstaats in der deutschen Verfassungsentwicklung, Der Arbeitgeber 1951, 31 - 42; REUSS, Der Wohlfahrtsstaat, JR 1956, S. 1 - 4
 - 2) Das Neuartige dieser Interpretationsmethode hebt zu Recht FORSTHOFF, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, Festschrift für C. SCHMITT, S. 49, hervor
 - 3) Das schließt einen rechtserheblichen Gehalt des Wortes nicht aus, so zu Recht BERGER, Bedeutung und Tragweite des Grundsatzes vom soz. Rechtsstaat, insbes. im Arbeitsrecht, Betr. Verf. 1955, H. 8, S. 4 - 10

nur für Arme bestimmt. Für andere bedeutet sozial caritativ ¹⁾. Ursprünglich bedeutet es gemäß seiner lateinischen Herkunft (socius = Geselle; davon abgeleitet: socialis) nicht anders als (zu einem anderen) gesellt ²⁾. Weil das menschliche Zusammenleben bestimmte Verhaltensregeln erfordert, hat das Wort über die soziologische Bedeutung hinaus eine ethisch-normative Ausweitung erfahren ³⁾, die zuletzt auch den Bereich des politischen Lebens erfaßt hat ⁴⁾. Welche Wortbedeutung dem Sozialstaatsbekenntnis des Grundgesetzes zugrunde liegt, ergibt eine Zusammenschau mit Art. 2 GG, der seinerseits mit Art. 1 gedanklich eng verknüpft ⁵⁾ das Gebot gegenseitiger Rücksichtnahme ausspricht ⁶⁾. Dieses Gebot ⁷⁾ aber bedeutet den Inhalt des Rechtsprinzips selbst, nämlich auf die Befriedigung eigener Interessen insoweit zu verzichten, als damit die Befriedigung objektiv wertvollerer Interessen anderer Menschen vereitelt

-
- 1) NAHM, Sozialaufgaben, Probleme der Sozialordnung, Beilage zur Staatszeitung für Rhld.-Pfalz Nr. 1 vom 15.1.1956
 - 2) UTZ, Sozialethik, S. 27: "Wechselwirkung aufgrund eines gemeinsamen intentionalen Gehalts."
 - 3) MENGER, Begriff des soz. Rechtsstaats, S. 24; HAMANN, GG, Einf. 1 D 2, S. 31 f; COING, Die obersten Grundsätze, S. 89
 - 4) Daß "sozial" und "sozialistisch" nicht identisch sind, bedarf keiner besonderen Betonung, GERBER, AöR, Bd. 81, S. 31; DÜRIG, JZ 53, 193 f.
 - 5) v. MANGOLDT-KLEIN, BGG Art. 2 Anm. III, 1, S. 163; WERTENBRUCH, GG und Menschenwürde, S. 127 ff.
 - 6) Das nennt HUBER, DÖV 56, 201 treffend "Gemeinverträglichkeit"; vgl. MENGER, Begriff, S. 24
 - 7) Dieses Gebot besteht auch und gerade in der Vertikalen zwischen Einzelnen und Staat (und umgekehrt), MENGER, a.a.O. S. 27/28

würde ¹⁾. Die zur Erkenntnis des principium sociale notwendige Verknüpfung der Art. 20 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG ist gerechtfertigt durch die Pflicht des Staatsbürgers, die verfassungsmäßige Ordnung zu achten. Denn die hier entscheidende Frage, ob zur verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG auch das Sozialstaatsbekenntnis des Art. 20 Abs. 1 GG zählt, wird von der herrschenden Ansicht zu Recht eindeutig bejaht ²⁾. Verfassungsmäßige Ordnung ist nämlich nichts anderes als der Inbegriff der vom Verfassungsgesetzgeber getroffenen, durch Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärten verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen und Rechtsgrundsätze. Damit ist erwiesen, daß der Kernbestand des mit dem Bekenntnis zum Sozialstaat (Art. 20 Abs. 1 GG) ausgesprochenen Sozialprinzips das Rechtsprinzip selbst ist ³⁾. Als Verbesonderung des Rechtsprinzips zählt auch der Rechtsgrundsatz der Daseinsvorsorge zum Mindestgehalt des Sozialprinzips: Die dem Prinzip der Daseinsvorsorge zugrundeliegende Interessenlage ist weniger der vom Rechts- denn der vom Sozialprinzip vorausgesetzten Interessenlage kongruent, weil das Sozialprinzip nicht nur das richtige und notwendige Verhältnis der einzelnen untereinander, sondern auch das rechtliche Verhältnis des Einzelnen zur Gemeinschaft (und zum Staat) und der Gemeinschaft (des Staats) zum Einzelnen regelt ⁴⁾. Eine nähere Analyse der gegenwärtigen soziologischen Voraussetzungen im Sozialstaat sowie der maßgeblichen Einzelrechtssätze zeigt, daß

1) WOLFF, Gerechtigkeit, S. 113

2) Vgl. MAUNZ-DÜRIG, Art. 2 Randbem.
24 m.w.N.; HUBER, DÖV 56, 202

3) Zutreffend HAMEL, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat S. 27 ff.

4) Ähnlich FECHNER, Freiheit und Zwang, S. 8; HUBER, DÖV 56, 201 ff.

der Gehalt des principium sociale sich im Gebot des Rechtsprinzips nicht erschöpft ¹⁾. Sein umfassenderer Gehalt liegt darin, daß es über das limitierende Gebot des Rechtsprinzips hinaus fordert, daß objektiv vorzugswürdige fremde Interessen nicht nur in Rücksicht zu ziehen, sondern positiv und direkt zu fördern sind ²⁾. Soweit die ihm zugrunde liegenden Interessenlagen nicht den Rechtswert der Würde intendieren, ist das Sozialprinzip daher (gemischte) verfassungsgestaltende Grundentscheidung ³⁾. Unter der Herrschaft der Sozialstaatsklausel verdichtet sich die dem Rechtsprinzip entsprechende Pflichtigkeit des Staates in eine Pflicht. Das Gebot positiver Interessenförderung konsoniert mit dem Rechtsprinzip, solange sich der Nachweis der Rechtswidrigkeit (im Hinblick auf Gebotsinhalt oder die Art seiner Verwirklichung) nicht erbringen läßt. Der Umstand nämlich, daß das Rechtsgesetz positive Interessenförderung nicht gebietet, läßt nicht den umgekehrten Schluß zu, daß jede positive Interessenförderung rechtswidrig ist, weil sie dem Rechtsgesetz widerspräche. Rechtswidrig und damit unzulässig ist die positive Interessenförderung vielmehr nur dann, wenn nachweislich höherwertige Interessen zugunsten minderwertiger hintangesetzt werden. Nur das verbietet das limitierende Rechtsgesetz. Weil das principium sociale das Rechtsgesetz als Mindestgehalt enthält, besteht darüber hinaus eine widerlegliche Vermutung für seine Rechtmäßigkeit. Die Rechtmäßigkeit wird unmittelbar indiziert. Der Gehalt des Prinzips ist, läßt man das Prinzip der Daseinsvorsorge außer acht, nur mit Hilfe des Abstraktionsverfahrens erkennbar. Der Abstraktionsvorgang hat dabei anzuknüpfen

-
- 1) Richtig IPSEN, Bespr. von MENDER, Begriff, DVBl. 57, 219
 - 2) MARCIC, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, S. 407, 416
 - 3) WOLFF, Rechtsgrundsätze, S. 48 f.; OLBERSDORFF, Arbeit und Recht 1955, 129 - 140

an den objektivierten (also nicht subjektiven) gesetzgeberischen Willen im Hinblick auf das Verhältnis des Staates zum Einzelnen, wie er in den maßgeblichen Einzelrechtssätzen als weitere Positivierungen der verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen zum Ausdruck gekommen ist. Das Rechtsprinzip ist auch im sozialen Rechtsstaat Obersatz der Verwaltungsprinzipien, weil es, auch soweit es um sein Verhältnis zu den verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen geht, das oberste und grundlegende, maßstabsetzende Prinzip schlechthin ist.

Das Gebot direkter Interessenförderung begründet die Verantwortung, Aufgabe und Zuständigkeit des Staates zur Gestaltung des Verhältnisses zu den ihm untergeordneten Gemeinschaften und zum Einzelnen ¹⁾. Positive Interessenförderung durch den Staat geht im übrigen über materielle Hilfeleistung zugunsten wirtschaftlich schwächerer Bevölkerungskreise hinaus ²⁾. Daseinsgestaltung und Daseinsvorsorge im engeren Sinne sind nur eine Möglichkeit staatlicher Sozialgestaltung im materiellen Sinne. Der Sinngehalt des principium sociale ist umfassender ³⁾.

3. Das Objekt-Subjektverhältnis zwischen Staat und dem Einzelnen ist in die Geschichte verwiesen, die im liberalen Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts vorhandene Antithese zwischen Staat und Gesellschaft ist entfallen. Dieser soziologische Tatbestand hatte

1) IPSEN, VVDSTRL 10, 74; DÜRIG, JZ 53, 193 ff.; BACHOF VVDS TRL 12, 63; BAUMLIN, Rechtsstaatliche Demokratie, S. 68; BROHM, Rechtsschutz im Bauplanungsrecht, S. 67; ABENDROTH, Bergsträsser-Festschrift, S. 279 ff.; WINTRICH, Problematik der Grundrechte, S. 13; v. MÜNCH, JZ 60, 303

2) Zu eng DERSCH, Sozial- und Rechtsstaatlichkeit a.a.O.; ROGGE, DVBl. 56, 40; auch ROGGE befürwortet aber ein Sozialrecht, in dem das Prinzip der staatlichen Daseinsvorsorge durch genossenschaftlichen Selbstschutz verdrängt ist.

3) FECHNER, Freiheit und Zwang, S. 7

zur Folge, das sich der Einzelne mangels eines polaren Verhältnisses zum Staat der Verknüpfung seiner Interessen mit denen des Nächsten wieder stärker bewußt wurde. Das wiederum wurde ursächlich für einen veränderten Modus staatlicher Sozialgestaltung:

Der Staat fördert (notfalls zwangsweise) die jeweiligen auf gegenseitige private Hilfe gerichteten Individualinteressen; er unterstützt, in der Regel kraft verfassungsgestaltender Grundentscheidung, die Solidarität, das eben ist der Inbegriff der als vorzugswürdig erkannten, in der Horizontalbeziehung einander berührenden, auf wechselseitige Daseinshilfe abzielenden Interessen einzelner oder sozialer Gruppen. Die Solidarität wiederum zerfällt in gegenseitige private Daseinsvorsorge ¹⁾ und private Daseinsgestaltung. Beispiele für die der verfassungsgestaltenden Grundentscheidung der Solidarität entsprechend staatlich geförderte Daseinshilfe sind die Investitionshilfe, Belastung der Unternehmer mit Sozialversicherungsbeiträgen für die Arbeitnehmer, Beschäftigungspflichten für die Schwerbeschädigten, Fürsorgepflichten gegenüber Frauen und Jugendlichen u.a.m.

Das Solidaritätsprinzip ist ein Essentiale des Sozialprinzips und damit auch des Sozialstaats ²⁾. Hier liegt der eigentlich entscheidende qualitative Unterschied des Sozialstaats im Verhältnis zum Wohlfahrtsstaat, der seiner Intention nach nur die Vertikalbeziehung zwischen Staat und Bürger betrifft ³⁾ und dem durch Art. 20 GG eine klare Absage erteilt wird ⁴⁾. Der Wohl-

1) HAMANN, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 68

2) HUBER, DÖV 56, 201 ff.

3) Nur in der Vertikalen berühren sich auch die dem Subsidiaritätsgesetz typischerweise zugeordneten Interessen

4) BÄUMLIN, Die rechtsstaatliche Demokratie, S. 68 f.; MARCIC, a.a.O., S. 416

fahrtsstaat ¹⁾ unterscheidet sich also nicht nur in quantitativer Hinsicht vom Sozialstaat ²⁾. Indem er es außer acht läßt, die private gegenseitige Daseinsvorsorge oder Daseinsgestaltung zu begünstigen, im Gegenteil die Befriedigung der auf ein menschenwürdiges Leben abzielenden Interessen nicht nur ermöglicht, sondern selbst unmittelbar betreibt ³⁾, verletzt er das Subsidiaritätsprinzip ⁴⁾ und zugleich das principium sociale, das in den grundlegenden Gedankengang des Subsidiaritätsgesetzes eingeordnet ist ⁵⁾. Positive Interessenförderungen sind schon deshalb im Wohlfahrtsstaat in der Regel nachweisbar rechtswidrig, weil sie mit dem Rechtsprinzip dissonieren. Überdies sind zwar auch im Wohlfahrtsstaat Interessenbewertungen nicht ausgeschlossen. Es fehlt indessen die Gewähr, daß die objektiv wertvolleren Interessen vorzugsweise befriedigt werden, weil die die Qualität der Interessen bestimmende, einer vom Rechtsprinzip unabhängigen Ordnung entnommenen Werte nicht Rechtswerte zu sein brauchen, sondern auch aus Wesen und Zweck des Rechts nicht ableitbare (meistens politische) Werte sein können.

Werden solche Werte für die Entscheidung von Interessenkonflikten bestimmend, dann handelt es sich in der Regel um eine an nur politischen Ideen und Zwecken orientierte staatliche Tätigkeit (weshalb gerade die Bezeichnung Wohlfahrtsstaat einen spezifisch politischen Akzent trägt ⁶⁾).

-
- 1) Im folgenden synonym mit der häufigen Bezeichnung "Versorgungsstaat"
 - 2) Dieser Anschein wird mit der Formulierung, der soziale Rechtsstaat "gehe nicht so weit" wie der Wohlfahrtsstaat (vgl. WOLFF, VR I § 11 II b 5) allerdings nicht ganz vermieden
 - 3) s. Anm. 2)
 - 4) STERN, JZ 60, 523 (Subsidiaritätsprinzip als Übermaßverbot), dazu die demnächst erscheinende Habilitationsschrift von LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht, IV. Abschnitt, A 3 cc.
 - 5) WERTENBRUCH, GG und Menschenwürde, S. 54
 - 6) BÄUMLIN, S. 58; OLBERSDORFF, Arbeit und Recht, 55, 129 - 140

Daraus folgt, daß der Wohlfahrtsstaat gegenüber dem Sozialstaat ein aliud und nicht eine extreme Form desselben darstellt ¹⁾.

4. Ein anderer Modus gegenwärtiger staatlicher Sozialgestaltung, der den Wohlfahrtsstaat wiederum in einen qualitativen Unterschied zum Sozialstaat setzt, ist die positive Förderung der Gemeininteressen ²⁾, bezogen auf die freiwillige Teilnahme des Einzelnen an der Gesamtaufgabe der gemeinsamen Lebensbewältigung. Dieses Element des principium sociale ist zuerst von Fechner ³⁾ zur Diskussion gestellt worden. Fechner geht von den sozialen Sachverhalten der Gegenwart aus ⁴⁾. Er hat darauf hingewiesen, daß sich die notwendige und schicksalhafte Verbundenheit der Menschen auf zweierlei Weise äußere: Als selbstgewollte Einordnung des Einzelnen in das Ganze zwecks freiwilliger Teilnahme an der gemeinsamen Aufgabe, nämlich der Minderung oder Beseitigung der Daseinsrisiken, oder als erzwungene Einordnung und Inanspruchnahme für diese Aufgabe, wenn der Einzelne sich ihr zu entziehen versucht. Diesen Versuch aber kann die Gemeinschaft nicht billigen, ohne sich selbst aufzugeben ⁵⁾. Im Unterschied zum liberalen Rechtsstaat, dessen Leitprinzip die Freiheit ist, zielt der Sozialstaat als sinnfällige geschichtliche Emanation des Sozialprinzips auf die Verpflichtung des Einzelnen zur Teilnahme an der Gesamtaufgabe ⁶⁾. Freiheit ist

1) Richtig KÖHLER, Freiheit oder Gemeinschaft, Wohlfahrts- oder Versorgungsstaat, Z.f.SoZ.Ref. 1958, 833 ff.; a.A. ABENDROTH, a.a.O. S. 279 f.

2) Das ist die Summe der menschlichen Einzelinteressen, deren Träger in einer dem Staat untergeordneten Gemeinschaft zusammengeschlossen sind (z.B. Versicherungsgemeinschaft)

3) Freiheit und Zwang

4) a.a.O., S. 8

5) S. 9

6) Die Rücksichtnahme des Bürgers gegen seinen Staat ist von dieser Verpflichtung umfaßt, MENGER, a.a.O., S. 27

zwar im Sozialstaat auch noch Prinzip, aber nicht mehr Leitprinzip staatlichen Handelns. Damit sind die drei Strukturelemente des materialen Sozialprinzips aufgewiesen: Es fordert positive Förderung der objektiv vorzugswürdigen Individual- (oder Gemein-) Interessen durch den Staat, der die vitalen Lebensinteressen des Einzelnen durch Versorgung mit zur menschenwürdigen Existenz notwendigen Gütern befriedigt (Prinzip der Daseinsvorsorge), die solidarischen, d.h. die aus dem wechselseitigen Verhaftetsein in Verantwortung erwachsenden, auf Unterstützung des Mitmenschen gerichteten Einzelinteressen fördert (principium solidare), die auf Teilnahme an der Gesamtaufgabe der gemeinsamen Daseinsgestaltung (und - bewältigung) gerichteten Gemeininteressen (notfalls zwangsweise) unterstützt (Prinzip der Soziabilität).

b) Das formale Sozialprinzip.

Damit ist freilich nichts darüber gesagt, in welcher Weise der Staat die seinen eigenen gegenüber objektiv wertvolleren Interessen fördert. Er kann sie nicht anders fördern als durch das Mittel der sozialen Gesetzgebung ¹⁾. Darin besteht das formale Prinzip der Sozialgestaltung. Der vom Subsidiaritätsprinzip intendierte Rückzug des Staates aus der vordersten Linie der Hilfsquellen wird in dem Maße begünstigt, in dem der Staat seine Interessenförderung normiert. Denn dadurch gibt er einen ent-

1) GERBER, AöR 81, S. 30, 41; WERTENBRUCH, S. 53, 210; STAMM, Zur Verwirklichung des sozialstaatlichen Prinzips, JZ 55, 149-151; Die Notwendigkeit der Sozialgesetzgebung schließt nicht aus, daß Art. 20 selbst ein Interessenförderungsgebot enthält. Die direkte Vollziehbarkeit (!) gehört nicht unbedingt zum Wesen des Verfassungsgesetzes, HUBER, DÖV 56, 202

scheidenden Teil seiner potentiellen Verfügungsgewalt über den Staatsbürger preis ¹⁾. Zugleich sichert er durch die soziale Gesetzgebung jedem Einzelnen gleichermaßen die Chance, der staatlichen Interessenbegünstigung teilhaftig zu werden ²⁾. Die durch das Gesetz garantierte Gleichheit ³⁾ der Chancen ist also dem Begriff des Sozialen wesentlich.

c) Verhältnis der Sozialprinzipien untereinander.

Wichtig ist zu betonen, daß die bezeichneten Gebote des principium sociale gleichwertig nebeneinander stehen. Sie sind untereinander konditional verknüpft. Eines ist ohne das andere nicht denkbar, weil das Sozialprinzip andernfalls seines umfassenden Sinngehalts beraubt würde. Andererseits ist keines der drei Gebote staatlicher Interessenförderung Leitprinzip des Sozialstaats ⁴⁾. Es geht also nicht in erster Linie um die der sozialen Gerechtigkeit gemäße Verteilung der Güter ⁵⁾ oder um die Förderung der solidarischen oder auf Teilnahme an der gemeinsamen Aufgabe der Daseinsgestaltung oder -vorsorge gerichteten Gemeininteressen. Verbunden sind alle drei Teilgebote durch die

1) JANSSEN, Probleme des Wohlfahrtsstaates, a.a.O.

2) WEISSER, Verteilungspolitik, S. 62;
WERTENBRUCH, S. 53; OLBERSDORFF, Arbeit und
Recht 1955, 129-140; COING, Die obersten
Grundsätze, S. 44

3) HAUG, Die Schranken der Verfassungsrevision,
S. 134

4) Auch das Prinzip der Daseinsvorsorge ist demgemäß nicht sozialstaatliches Leitprinzip, (so aber ABENDROTH, a.a.O., S. 279 f.), sondern gleichgeordnetes Teilprinzip eines umfassenderen Sozialprinzips, MENGER, a.a.O., S. 30; WOLFF, VR I § 11 II b 5, S. 45

5) WOLANY, vom Sozialstaat zum sozialen Recht, a.a.O., S. 141 ff.; FECHNER, RdA 1955, 161 f.; so aber zu einseitig FORSTHOFF, Verfassungsprobleme des Sozialstaats, S. 8

eigentliche (soziologische) "Voraussetzung" des Sozialprinzips, den geschichtlich bedingten Fortfall des Subjekt-Objektverhältnisses zwischen Staat und Staatsbürger ¹⁾.

Das principium sociale steht vermittelt des Prinzips der Daseinsvorsorge mit dem Subsidiaritätsprinzip in engem gedanklichen Zusammenhang. Überhaupt - darauf wird noch häufiger hinzuweisen sein - kennzeichnet die Grundprinzipien der Leistungsverwaltung eine eigenartige funktionelle Interdependenz ²⁾. Sofern die Grundprinzipien in der Verfassung Ausdruck oder Anklang gefunden haben, ergibt sich der sachliche Zusammenhang aus folgender Erkenntnis: Das einheitliche Wertsystem jeder Verfassung, deren Grundrechtsgehalt ein bestimmtes Menschenbild zugrunde liegt ³⁾, integriert den Sinnzusammenhang der Verfassung funktionell. Die Grundprinzipien der Leistungsverwaltung sind deshalb nicht isoliert zu verstehen, sondern nur Teile eines funktionellen Sinnzusammenhangs. Die Auffassung vom Funktionszusammenhang der Prinzipien knüpft an an die von Smend ⁴⁾ begründete Integrationslehre ⁵⁾.

Nach Smend besteht der inhaltliche Sinn eines Grundrechtskatalogs darin, daß er ein Wert-, Güter- oder Kultursystem normieren wolle ⁶⁾. Staatstheoretisch bedeutet das sachliche Integrationsabsicht, rechtstheoretisch Legitimierung der positiven Staats-

1) Vgl. dazu THIELICKE, Ethik S. 357 ff.

2) BLEIBTREU, Demokratie, soziales Prinzip und Rechtsstaat, S. 100 - 112

3) BVerfGE 4, 15; v.MÜNCH, JZ 60, 306

4) Verfassung und Verfassungsrecht:
Staatsrechtliche Abhandlungen, S.
118 - 277

5) Dazu kritisch vom Standpunkt des Rechtsformalismus FORSTHOFF, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, S. 35 - 62

6) S. 264

und Rechtsordnung¹⁾. Das System der Grundrechte sei als Ganzes Gegenstand einer rein geisteswissenschaftlichen Bearbeitung. In der Tat hat eine wirklichkeitsbezogene Interpretation der Verfassung deren Normsystem in weitere geistige Zusammenhänge einzuordnen. Daraus folgt, daß auch außerrechtliche, insbesondere soziologische Maßstäbe zur Interpretationsgrundlage werden. Durch die Einbeziehung der sozialen Tatbestände in die Sinndeutung der Verfassung wird die immanente Logik der einzelnen Grundrechtsnorm nicht etwa angetastet: Die Auslegung der Einzelgrundrechte wird nur ergänzt, indem sie funktionell zueinander in Beziehung gesetzt und so aus einer isolierenden Betrachtung herausgelöst werden. Zur funktionellen Integration der Einzelgrundrechte zwingt die Erkenntnis, daß das soziologische Gefüge des bürgerlich-liberalen Rechtsstaats, welches allein zu der Annahme führen konnte, jedes der Einzelgrundrechte könne eine spezifische staatsbeschränkende Schutzfunktion zugunsten des Individuums ausüben, sich grundlegend gewandelt hat. Mit der gegenseitigen Durchdringung von Staat und Gesellschaft und der Nivellierung des sozialen Gefälles entfiel auch die wesentliche Voraussetzung für eine isolierte Deutung der einzelnen Verfassungsnorm²⁾. Die Schutzansprüche des Einzelnen sind aus der Vertikale (Staat) schwerpunktmäßig in die Horizontale (die Gesellschaft) verlagert (Drittwirkung der Grundrechte!). Nicht um die Teilhabe allein geht es, sondern (essentiell) um gleiche

1) A.a.O., S. 265

2) Zutreffend BVerfG E 1, 32:
"Die einzelne Verfassungsbestimmung kann nicht isoliert betrachtet werden und allein aus sich heraus ausgelegt werden. Sie steht in einem Sinnzusammenhang mit den übrigen Vorschriften der Verfassung, die eine innere Einheit (!) darstellt."

Teilhabe, und nicht nur um gleiche, sondern auch um gesicherte Teilhabe. Diesen Ansprüchen der Glieder der Gesellschaft kann nur eine integrierende Betrachtung der Grundrechtsfunktion Rechnung tragen.

Indem das Subsidiaritätsprinzip fordert, daß der Staat die Interessen der Einzelnen oder der nächsthöheren Gemeinschaft nur fördern, dagegen nicht in eigener Regie befriedigen darf, bestimmt es auch verbindlich die Grenzen der vom Sozialprinzip gebotenen Interessenförderungen ¹⁾. Kriterium jeder die menschenwürdigen Grundbedingungen der Daseinsbewältigung übersteigenden, mit dem Rechtsprinzip konsonanten Interessenförderung ist die eigene Leistung des Geförderten ²⁾.

Der Rechtsgrundsatz der Subsidiarität unterscheidet sich vom Sozialprinzip dadurch, daß die ihm zugrundeliegenden Interessenlagen stets nur dem Rechtswert der menschlichen Würde zugeordnet sind.

d) Der Rechtscharakter der Sozialprinzipien.

Ob die dem Oberbegriff des Sozialprinzips untergeordneten Teilprinzipien formalen oder materialen Charakter tragen, hängt davon ab, ob sie - vorbehaltlich ihrer rechtssatzmäßigen Konkretisierung - allein zur Entscheidung eines Einzelfalles ausreichen oder ob sie der Ergänzung durch außerhalb ihrer selbst liegende, variable,

1) Versteht man das Subsidiaritätsprinzip als Funktion des Sozialprinzips, dann dürften die Bedenken WOLFFS (Verwaltung und Recht, Kommunalpolitik 48, 134) gegen die generelle Rechtmäßigkeit der positiven Interessenförderung überwunden sein. Das Subsidiaritätsprinzip setzt dem Sozialstaat auch gegen den sozialistischen Staat ab.

2) RITTIG, Theoretische Grundlagen der Sozialisierung, S. 153

aus Wesen und Zweck des Rechts ableitbare Werte (Rechtswerte) bedürfen. Eindeutig und unschwer zu erkennen ist der materiale Charakter des Prinzips der Daseinsvorsorge. Mit seiner Hilfe läßt sich ein Einzelfall ohne Zuhilfenahme weiterer Rechtswerte entscheiden, weil das Prinzip nicht nur Ergebnis und Ausdruck einer Interessenabwägung ist, sondern wie das Subsidiaritätsprinzip selbst schon auf den Rechtswert der Würde unmittelbar Bezug nimmt ¹⁾, indem es die Förderung der lebenswichtigen Einzelinteressen gebietet, weil das Interesse an der Nichtförderung als das objektiv minderwertige zurückzustellen ist ²⁾. Das läßt allerdings nicht den Schluß zu, es handele sich bei dem Prinzip der Daseinsvorsorge um einen Rechtssatz. Aus dem Prinzip ist zwar mit Hilfe eines einfachen gedanklichen Schritts ein Rechtssatz abzuleiten (es ist auf einen Rechtssatz hin "offen"). Ihm fehlt aber die einen Rechtssatz kennzeichnende logische Form, nämlich die Angabe eines Tatbestandes, der durch ein Zu-rechnungs-subjekt oder ein sonstiges Ereignis erfüllt werden muß und einer Rechtsfolge, die ein Zuordnungssubjekt setzen soll ³⁾. Gerade die dem Prinzip der Daseinsvorsorge zugeordneten Interessenlagen sind oft nicht rechtssatzmäßig konkretisiert, eine

-
- 1) D.h. weil dem Prinzip der objektive Wert der menschlichen Würde eindeutig und konstant zugeordnet ist. Allerdings ist auch das Prinzip der Daseinsvorsorge insofern synthetisch, als die inhaltliche Bestimmung des Maßstabwerts der menschlichen Würde von zeitlich und örtlich variablen Lebensumständen abhängt.
 - 2) Zutreffend DÜRIG, AöR 81 (1956), S. 132, wonach aus dem Rechtswert der Würde allein noch kein Interessensförderungsgebot folgt, sondern nur in Verbindung mit dem in Art. 20 enthaltenen Sozialprinzip; vgl. auch WINTRICH, Zur Problematik der Grundrechte, S. 18; NIPPERDEY, Die Würde des Menschen, S. 6; BVerfGE 1, 97 ff.
 - 3) Vgl. WOLFF, AöR 76, 208; SCHAAD, Die allgemeinen Rechtsgrundsätze, S. 43; WOLFF, VR 1, § 24 II b 1, S. 90; ESSER, Grundbegriffe, S. 136; NELSON, System der philosophischen Rechtslehre und Politik, S. 42

Tatsache, auf die in anderem Zusammenhang schon hingewiesen wurde.

Nicht unmittelbar einsichtig ist hingegen der Charakter des Solidaritäts- und Soziabilitätsprinzips als der übrigen Teilprinzipien des Sozialgesetzes. Wenn das Prinzip des Sozialen fordert, daß die auf Förderung existenzerhaltender oder - ausfüllender Einzelinteressen gerichteten Individual- oder Gemeininteressen als die in der Regel höherwertigen positiv zu unterstützen sind, so ist dieses Gebot zwar Ausdruck einer Interessenabwägung. Es gibt auch den (personalen) Bezugspunkt der Interessenförderung, nämlich die Person des vom Staate mittelbar Unterstützten an. Es enthält aber nicht wie das Prinzip der Daseinsvorsorge den materialen Rechtswert, mit dessen Hilfe entschieden werden könnte, in welcher Weise die Interessenförderung die Einzelrechtssphäre verändert. Das principium solidare verweist nur auf solche Werte und muß darauf verweisen, weil die Auswahl des Rechtswerts wiederum von der konkreten und stets wandelbaren persönlichen Situation des mittelbar Unterstützten, also von ungewissen Zukunftserwartungen abhängt. Dazu ein Beispiel: Wenn dem Unternehmer A. die geldlichen Mittel fehlen, um einen neuen Arbeitsplatz für einen Schwerbeschädigten (B.) zu schaffen (vgl. § 3 ff Schwerbeschädigtengesetz vom 16. Juni 1953), dann gebietet das principium solidare, daß dem A. die fehlenden Mittel durch Steuererleichterungen oder ähnliches zur Verfügung gestellt werden. Der für die Art der Interessenförderung maßgebende materiale Rechtswert ist die Würde (Art. 1 GG.). Anders, wenn in einem gerade lebensfähigen Flüchtlingsbetrieb wegen irgendwelcher, nicht die Vitalsphäre der Betriebsangehörigen berührender sozialer Mißstände Streitigkeiten zwischen Belegschaft und Unternehmer auftreten. Dem Prinzip des Sozialen zufolge sind dem Unternehmer die zur Behebung der Mißstände erforderlichen Mittel bereitzustellen. Hier ist der maßgebende materiale Rechtswert der Arbeitsfriede (Friedensfunktion des Rechts¹⁾). Die

1) COING, Die obersten Grundsätze, S. 19

Beispiele mögen verdeutlichen, daß das Solidaritätsprinzip die an tatsächliche Umstände gebundenen und darum potentiell unterschiedlichen rechts- oder politischen Werte nicht selbst enthalten, sondern auf sie verweisen muß ¹⁾. Darum ist es formal. Ebenso verhält es sich mit dem insoweit, d.h. angesichts der Interessenlagen, konsonanten Prinzip der Soziabilität. Zum Rechtsatz hin sind beide Teilprinzipien "geschlossen", weil Rechtsätze aus ihnen nicht unmittelbar, sondern erst dann abzuleiten sind, wenn der für sie maßgebende materiale Maßstabwert aufgefunden ist. Das Sozialprinzip als der Oberbegriff vereinigt demnach materiale und formale Elemente in sich. Kollisionsmöglichkeiten ergeben sich nicht, weil die jeweils typischen Interessenlagen die Anwendung eines der Teilprinzipien erfordern.

So verstanden ²⁾, ist das Prinzip des Sozialen als Oberbegriff ("Dachprinzip") einer gedanklichen Analyse zugänglich (daß es gleichwohl unwägbare, irrationale Momente aufweist, zeigen die Schwierigkeiten, die seine Umsetzung in die Lebenswirklichkeit bereitet) und bezeichnet, soweit es als verfassungsgestaltende Grundentscheidung dem Gerechtigkeitsprinzip nicht nachweislich widerspricht, verbindlich die - allerdings zum Teil nur formalen - Ziele rechtsstaatlichen Handelns selbst und setzt sie nicht voraus ³⁾.

-
- 1) Das bedeutet also: Die Existenz eines Maßstabwerts ist nicht logische Bedingung der Exposition des Solidaritätsprinzips, weil diesem Prinzip solche objektiven Werte nicht a priori konstant zugeordnet sind
 - 2) HAYEK, Was ist und was heißt sozial, S. 76; versteht das Soziale als das Resultat eines überindividuellen, verstandesmäßig nicht faßbaren Entwicklungs- und Auswahlprozesses
 - 3) So aber HAYEK, a.a.O.

§ 10: Der Gegenseitigkeitsgrundsatz.

a) Allgemeiner Gehalt des Obersatzes.

Die Analyse geltender Einzelrechtssätze der Leistungsverwaltung führt unter Zuhilfenahme des Abstraktionsverfahrens zur Exposition eines Grundsatzes, den wir hier, ohne damit etwas über seinen rechtlichen Charakter auszusagen, als Gegenseitigkeitsgrundsatz bezeichnen wollen. Ihm gemäß löst als notwendige Folge menschlichen Zusammenlebens jedes Verhalten ein irgendwie geartetes Reaktionsverhalten aus, weil Interessenverfolgungen in der Regel zu Kollisionen mit Gegeninteressen führen. Ausnahmsweise ist das nicht der Fall, wenn die im Spiele befindlichen Interessen gleichgerichtet sind. Sie sind es u.a. meistens dann, wenn sie nicht auf den Inhalt, sondern nur auf die Tatsache der Regelung eines Lebenssachverhaltes abzielen. Aus dem Gegenseitigkeitsgrundsatz (Obersatz) sind zwei Untersätze ableitbar:

1. Das Prinzip der synallagmatischen Gegenseitigkeit.

Nach ihm wird auf fremde Interessen (direkt oder indirekt) nur Einfluß genommen, damit der Träger dieser Interessen sich im Hinblick auf die Interessen des Fördernden in einer bestimmten Weise verhält: Bezweckt ist eine entsprechende Gegenleistung ("do ut des"). Die beiderseitigen Interessen sind deshalb nicht nur konditional miteinander verknüpft (ein Verhalten bedingt das andere), sondern final (Verfolgung fremder Interessen, damit der Träger dieser Interessen das gleiche tut).

2. Das Vergeltungsprinzip.

Es gebietet, in die Nichtbeachtung oder Verletzung (nicht-beachtete Interessen brauchen nicht immer auch verletzte zu sein, verletzte Interessen sind aber immer auch nicht beachtete) eigener Interessen in demselben Maße einzuwilligen, in dem man fremde, objektiv höherwertige Interessen nicht beachtet oder verletzt hat ¹⁾. (Grundsatz des "tu quoque").

1) NELSON, Kritik, S. 135, 191

b) Grundlagen im geltenden Recht.

1. Das synallagmatische Prinzip hat auf dem Gebiete der Leistungsverwaltung am deutlichsten im Versicherungsrecht Ausdruck gefunden ¹⁾.

Unter dem Begriff der Versicherung sind zu verstehen alle auf dem Grundsatz der Gegenseitigkeit beruhenden wirtschaftlichen Veranstaltungen, die einen Rechtsanspruch auf bestimmte Leistungen zur Deckung zufälligen, schätzbaren Vermögensbedarfs gewähren ²⁾. Der Form der Versicherung nach sind zu unterscheiden

aa) die Individualversicherung ³⁾. Sie bedeutet inhaltlich gemeinsame Selbsthilfe, indem durch Risikoausgleich der Gemeinschaft der Gefährdeten dem Einzelnen Schutz gewährt wird ⁴⁾. Zustande kommt sie durch einen privatrechtlichen Vertrag zwischen Versicherer und dem Versicherten. Innerhalb der Individualversicherung ist das synallagmatische Prinzip ausnahmslos durchgeführt. Beitrag und Leistung müssen einander entsprechen. Diejenigen Versicherten, bei denen ein höherer Bedarf zu erwarten ist, haben dementsprechend höhere Beiträge zu leisten. Die enge, versicherungstechnisch als Äquivalenzprinzip bezeichnete Wertrelation zwischen Leistung und Beitrag ist unmittelbar Ausdruck des synallagmatischen Prinzips. Die Leistung des Versicherers wird nur deswegen erbracht, wenn und soweit ihr ein Beitrag des Versicherten entspricht.

1) v. ALTROCK, Sozialversicherung im Rechtsgefüge, Festschrift für W. BOGS, S. 14-40

2) SCHIECKEL, Entwicklung, Aufgaben und Aufbau der deutschen Sozialversicherung (Neue soziale Praxis, H. 1 (1946), S. 7.)

3) Sie liegt zwar außerhalb der Leistungsverwaltung, wird hier aber der Vollständigkeit halber berücksichtigt.

4) BOGS, DÖV 55, 621 ff.

bb) Die Sozialversicherung. Sie ist eine der Individualversicherung gegenüber selbständige Form sozialer Sicherung ¹⁾. Wie die Individualversicherung ist auch die Sozialversicherung Ausdruck des Gegenseitigkeitsgrundsatzes und des aus ihm abgeleiteten synallagmatischen Prinzips. Ihrem Wesen nach unterscheidet sie sich von der Individualversicherung aber dadurch, daß sie nicht wie diese in erster Linie wirtschaftliche, sondern sozialpolitische Ziele verfolgt. Dieser veränderten Aufgabe entsprechend bezweckt die Sozialversicherung hauptsächlich den sozialen Ausgleich innerhalb der Gefahrengemeinschaft: Das die Individualversicherung beherrschende Äquivalenzprinzip (nicht das Gegenseitigkeitsprinzip) wird von einem Ausgleichsprinzip sui generis abgelöst, demzufolge Beiträge und Leistungen nach sozialen Gesichtspunkten gestaffelt sind. Die Höhe der Beiträge des Versicherten richtet sich nach dessen Leistungsfähigkeit, insbesondere der Höhe seines Arbeitsentgelts, ohne daß diesen Beiträgen immer auch entsprechend höhere oder geringere Leistungen gegenüberstehen (sozialer Ausgleich).

Die Sozialversicherung ist demnach beherrscht von dem Gedanken, daß der wirtschaftlich Stärkere innerhalb der Gefahrengemeinschaft für den wirtschaftlich Schwächeren miteinzutreten hat ²⁾. Das für die Sozialversicherung grundlegende synallagmatische Prinzip wirkt im Sozialversicherungsrecht in zwei Richtungen: In der Vertikale gebietet es, daß die Individualinteressen durch den Träger der Sozialversicherung nur und immer dann positiv zu fördern sind, wenn und damit der Interessenträger dafür eine gleichgeartete- und nicht gleichwertige - Gegenleistung erbringt. In der Horizontale, d.h. innerhalb der Gemeinschaft der Versicherten, fordert es einschränkend, daß die Interessen der Sozialversicherungsträger nur zu fördern sind, wenn und damit als Gegenleistung auch die übrigen Glieder der Risikogemeinschaft

1) S. Anm. 4 S. 107

2) S. Anm. 4 S. 107

sie fördern. Auch in der Sozialversicherung tritt der Vertragsgedanke daher deutlich hervor. Das Prinzip des Synallagma ist freilich in der Sozialversicherung immer mehr durch das principium solidare überlagert worden, demzufolge die auf Verfolgung fremder, objektiv wertvollere Interessen gerichteten Individualinteressen positiv (notfalls zwangsweise) zu fördern sind. In der Sozialversicherung hat der Staat diesem Gebot durch die Einführung des Versicherungszwanges Genüge getan. Der Versicherungszwang ist geeignet, das Abwandern günstiger Risiken, ohne die ein sozialer Ausgleich innerhalb der Risikogemeinschaft ausgeschlossen wäre, zu verhindern ¹⁾. Dabei wird wiederum die starke Interdependenz der Grundsätze der Leistungsverwaltung sichtbar: Das Gesetz des Synallagma und das principium solidare sind funktionell intergriert: Würde der staatliche Träger der Sozialversicherung durch den Versicherungszwang die (solidarische) Selbsthilfe nicht positiv begünstigen, so wäre ein sozialer Ausgleich, d.h. die wechselseitige (reziprokbedingte) Interessenförderung unter den Gliedern der Gefahrengemeinschaft undenkbar.

Neben dem Solidaritätsprinzip gibt ein anderes Teilprinzip des Sozialgesetzes Richtlinien für die Bewertung von Interessenkonflikten im Recht der Sozialversicherung: Der Soziabilitätsgrundsatz, demzufolge die auf Teilnahme an der gemeinsamen Aufgabe der Daseinsbewältigung gerichteten, im Verhältnis zu den Interessen der Sozialversicherungsträger objektiv wertvolleren Gemeininteressen positiv zu fördern sind. Der Träger der Sozialversicherung wird diesem Gebot dadurch gerecht, daß er auf eine mathematisch gerechte Prämie verzichtet und den Versicherungsbeitrag nach der finanziellen Leistungsfähigkeit des Versicherten bemißt. Er versetzt die Glieder der Risikogemeinschaft als Träger der Gemeininteressen so in die Lage, durch angemessene

1) BOGS, a.a.O., DÖV 55, 621 ff.

geldliche Opfer gemeinsam die Lebensrisiken zu mindern oder auszuschließen. Daß auch das Subsidiaritätsprinzip als Fundamentalgrundsatz jeder Verwaltungsform, besonders der Leistungsverwaltung, das Recht der Sozialversicherung durchzieht, ist unmittelbar einsichtig: Der Träger der Sozialversicherung übernimmt in keinem Falle selbst die Befriedigung der objektiv höherwertigen Individualinteressen, sondern fördert ihre Befriedigung lediglich hauptsächlich dadurch, daß er seine Einrichtungen bereitstellt, die Beiträge der Versicherten verwaltet und nach bestimmten Maßstäben verteilt ¹⁾. Leitprinzip der Sozialversicherung bleibt aber der Typik der auf dem Spiele stehenden Interessen entsprechend der Grundsatz der synallagmatischen Gegenseitigkeit.

cc) Das Gesetz der synallagmatischen Gegenseitigkeit liegt auch dem Recht der Rentenversicherung zugrunde. Der Gesetzgeber hat sich hier entschlossen, die Zahlung der Renten im Unterschied zur Individual- und Sozialversicherung im wesentlichen nicht vom entrichteten Beitrag, sondern von den vorausgegangenen Arbeitsleistungen abhängig zu machen. Die Renten stellen die Gegenleistung für die früheren Arbeitsleistungen der Versicherten dar ²⁾.

2. Der Grundsatz der synallagmatischen Gegenseitigkeit findet sich ferner im Recht der öffentlichen Fürsorge. Gemäß § 25 Abs. 1 Reichsfürsorgepflichtverordnung ist der Unterstützte

-
- 1) Richtig ROGGE, DVBl. 56, 41:
"Sozialversicherungsverwaltung ist eine Art öffentliche Beihilfe zur individuellen Selbsthilfe aus eigener Kraft."
 - 2) ECKERT, Sozialversicherungsgesetz, Loseblattsammlung, Gesetz zur Neuregelung der Rentenversicherung der Arbeiter vom 23.2.1957 i. d. F. d. Anpassungsgesetzes v. 27.7.1957. Dem Typus nach handelt es sich also um ein anderes Synallagma als bei bb); vgl. auch ROHWER-KAHLMANN, NJW 60, 1643

verpflichtet, dem Fürsorgeverband die aufgewendeten Kosten zu ersetzen. Er ist berechtigt, den Ersatz zu verweigern, soweit und solange er kein hinreichendes Vermögen oder Einkommen hat. Der Staat fördert demnach die Befriedigung vitaler Einzelinteressen nur unter der Bedingung und in der Erwartung, der Fürsorgeempfänger werde eine Gegenleistung in Form der Rückzahlung des Empfangenen erbringen ¹⁾. Allerdings hat das staatliche Interesse an der Rückzahlung hintanzustehen, wenn die von § 25 Abs. 2 Reichsfürsorgepflichtverordnung erfaßte Interessenlage gegeben ist. Insofern ist § 25 Abs. 2 nur ein folgerichtiger Ausdruck des Prinzips der Daseinsvorsorge, demzufolge elementare Lebensinteressen auch ohne Rücksicht auf eine Gegenleistung des Einzelnen unbedingt zu fördern sind ²⁾.

3. Geltung beansprucht der Grundsatz der synallagmatischen Gegenseitigkeit auch für ein weiteres Kerngebiet der öffentlichen Leistungsverwaltung, das Recht der Subventionen. Wegen der Weite des tatsächlichen Erscheinungsbildes der Subventionen und der Unbestimmtheit ihres Begriffs wird auf eine Bestimmung

1) Unrichtig deshalb WEDDIGEN, Sozialpolitik, S. 193 ff., die Fürsorge werde ohne Rücksicht auf eine Gegenleistung gewährt; vgl. auch § 10 FPflVO, wonach die Unterstützung Arbeitsfähiger von der Leistung angemessener Arbeit gemeinnütziger Art abhängig gemacht werden kann; im Unterschied zu bb) u. cc) echtes genetisches Synallagma.

2) Vgl. auch § 19 I Bundesevakuiertengesetz vom 14.7.1953, wonach bei Evakuierten anzunehmen ist, daß die Heranziehung zum Ersatz der Fürsorgekosten die Herstellung einer den Zeitumständen (!) entsprechenden Lebensgrundlage beeinträchtigt wird. Deshalb wird auch in diesem Falle auf Ersatzansprüche verzichtet.

des Rechtsbegriffs der Subvention verzichtet ¹⁾. Allgemein kann die Subvention umschrieben werden als (staatliche) Sonderleistung, die die allgemeine Unterstützung übersteigt, welche die Privatwirtschaft durch die Existenz des Staates überhaupt und durch seine Gesamttätigkeit erfährt ²⁾. Als Teil der rechtsbegrifflichen Umgrenzung ist im Schrifttum die Frage nach der subventionsimmanenten Bedingtheit einer Gegenleistungspflicht des Subventionsempfängers erörtert worden ³⁾. Gemeint ist mit der Gegenleistungspflicht nicht nur die Rückzahlungspflicht des Subventionsempfängers. Fraglich ist insbesondere auch, ob es zum Wesen der Subvention gehört, daß ihr eine irgendwie geartete Gegenleistung des Empfängers, die mit der Subvention selbst synallagmatisch verknüpft ist, gegenübersteht. Die Frage ist allgemein

1) IPSEN, Öffentliche Subvention Privater, S. 8 und KÖTTGEN, DVBl. 53, 485 f. halten es nicht für möglich, einen allgemeinen Rechtsbegriff der Subvention zu bestimmen. Neuerdings fehlt es nicht an Versuchen, den Rechtsbegriff der Subvention zu definieren; vgl. z.B. STERN, JZ 1960, S. 521; OVG des Saarlandes, DÖV 59, 708: "Die Subvention im Rechtssinne kann dahin umschrieben werden, daß sie unentgeltlich (?) gegeben wird, ihr unmittelbarer Erfolg für den Empfänger also einen Vermögenszuwachs bedeutet, während ihre Funktion für die öffentliche Verwaltung, die sie gewährt, in der Erzielung eines bestimmten Interventionserfolges öffentlichen Interesses liegt." Vgl. weiter BVerwG DÖV 59, 707: "...öffentlich-rechtliche Leistungen des Staates, die zur Erreichung eines bestimmten, im öffentlichen Interesse gelegenen Zwecks gegeben werden"; BGH DÖV 59, 710: "...staatliche Stützungs- und Hilfsmaßnahmen für die Wirtschaft."

2) Allgemeine Vorbem. zum Bundeshaushaltsplan 1959; KÖTTGEN; DVBl. 53, 485 ff.; SCHINDLER, Die Bundesubvention als Rechtsproblem, S. 152

3) IPSEN, Öffentl. Sub., S. 55; KÖTTGEN, DVBl. 53, 485 f.; SCHINDLER, Bundessubvention, S. 152.

und entschieden bejaht worden ¹⁾. Begründet wird diese Ansicht mit dem öffentlich determinierten Zweck der Subventionierung, der regelmäßig eine Relation zwischen der Tatsache und den Gründen der Subventionsbewilligung einerseits, und der Verhaltensreaktion des Empfängers anderseits herstelle ²⁾. Weder der Gesetzgeber noch die Verwaltung seien im Besitz echter Schenkungsprivilegien ³⁾. Der Inhalt der Gegenleistungspflicht wird bestimmt durch die Art der Subventionierung: Besteht die Forderung in der Vergabe eines Darlehns, so ist der Empfänger zur Rückzahlung desselben verpflichtet. Besteht sie in der Gewährung eines verlorenen Zuschusses, so wird mit ihm in der Regel ein bestimmtes wirtschaftliches Verhalten des Unterstützten durch Auflage oder Bedingung verknüpft sein. Oft besteht die Gegenleistung des Geförderten auch in dem Verzicht oder in der Nichtverfolgung eines Entschädigungsanspruches, z.B. dann, wenn der Staat einen Flüchtling, Vertriebenen oder sonstwie Kriegsfolgegeschädigten dadurch subventioniert, daß er ihm bevorzugt Aufträge erteilt oder ihn bei der Verteilung wirtschaftlicher Mangelgüter begünstigt. Schon die genannten Beispiele lassen erkennen, daß der Staat, wenn er subventioniert,

-
- 1) SCHINDLER, Bundessubvention, S. 152:
" Es wurde zudem zur Genüge gezeigt, daß die Subvention stets mit einer vom Empfänger zu erfüllenden Aufgaben verknüpft ist. Wer Subventionen annimmt, hat auch Pflichten zu erfüllen und sich der Aufgabe des Bundes zu unterstellen"; vgl. auch S. 219; HENZE, Finanzhilfe, S. 105
 - 2) IPSEN, a.a.O., S. 57
 - 3) So schon HENNING ARNISÄUS, De Jure majestatis Libri Tres, Frankfurt 1610; HAENEL, Deutsches Staatsrecht, S. 380; KÖTTGEN, a.a.O., S. 485; die subventionsimmanente Gegenleistungspflicht des Empfängers war z.B. auch Grund dafür, daß gem. § 422 "WBG die zum Zwecke der Wohnungsförderung eingesetzten öffentlichen Mittel als Baudarlehn zu bewilligen; vgl. ferner OVG Saarland DÖV 59, 707; unhaltbar BVerwG DÖV 59, 706, wenn es ausführt, der Rechtsatz, daß der Staat zwar tatsächlich ausgleichen, aber nicht verschenken dürfe, könne einem gesetzlichen Verbot nicht gleich geachtet werden; wie hier schon MENDER, DVBl. 60, 301; vgl. Gutachten des wohnungswissenschaftlichen Beirats vom 19.7.1952 (BBBl. 52, 188).

ein irgendwie geartetes, seine Interessen förderndes Verhalten des Subventionsempfängers als Gegenleistung erwartet.

4. Das Vergeltungsprinzip kommt als Ableitung aus dem Gegenseitigkeitsgrundsatz überall dort zum Ausdruck, wo die Vorleistung nicht beim Staat, sondern beim Bürger liegt. Der Staat leistet nach, wenn er dem Bürger für schon geschehene Leistungen Gegenwerte zurückgibt oder als sozialgestaltender Mittler einen Ausgleich zwischen Vorteilen und Lasten herbeiführt ¹⁾. Zu den Nachleistungen des Staates zählen insbesondere diejenigen, die der Staat als Ausgleich für Kriegsfolgeschäden gewährt. Die wichtigsten maßgeblichen Gesetze sind das Kriegsfolgegesetz, Bundesversorgungsgesetz, Bundesvertriebenengesetz, Bundesentschädigungsgesetz und das Lastenausgleichsgesetz. Leistet der Staat auf Grund dieser Gesetze, so folgt er in der Regel dem Gebot des Vergeltungsprinzips, demzufolge derjenige, der eigene objektiv minderwertige Interessen durchgesetzt und dadurch objektiv wertvollere fremde verletzt hat, in demselben Maße, in dem er jene verletzt hat, in die Verletzung seiner eigenen Interessen einzuwilligen hat. Damit ist zugleich aber die Geltungsgrenze des Vergeltungsprinzips bedeutet: Der Grundsatz greift nur da ein, wo der Staat oder die durch ihn repräsentierte Allgemeinheit objektiv höherwertige Interessen verletzt hat. Die Einzelinteressen, deren Aufopferung der Staat durch die Kriegsfolgengesetzgebung entschädigt, werden zwar in der Regel wertvoller als die Gemeininteressen gewesen sein, weil sie bezogen waren auf Leben, Gesundheit und ein menschenwürdiges Dasein. Wo das nicht der Fall ist, gilt auch der Vergeltungsgrundsatz nicht. Aus dem Gebot des Vergeltungsgrundsatzes ergibt sich für die staatlichen Leistungen zum Ausgleich der Kriegsfolgen eine wichtige Konsequenz: Die Leistungen beziehen sich ausnahmsweise nicht auf das

1) Diese Staatstätigkeit bezeichnet - zu eng -
RICHTER, NJW 58, 1518, als Inhalt der Leistungsverwaltung überhaupt.

Lebensminimum, sondern gemäß dem aus dem Prinzip der Austauschgerechtigkeit ableitbaren Äquivalenzgesetz auf eine vollwertige Entschädigung durch den Staat, deren Obergrenze allerdings durch das Subsidiaritätsprinzip festgelegt wird ¹⁾. Mit dieser Feststellung berührt sich die (im wesentlichen theoretische) Streitfrage, ob der Staat den Kriegsopfern Wiedergutmachungsansprüche aus rechts- oder sozialstaatlichen Gründen gewährt. Die letzte Ansicht wird vom Bundesverfassungsgericht vertreten ²⁾. Sie ist nicht unwidersprochen geblieben. Dürig ³⁾ meint, der Staat erfülle mit der Entschädigung der Kriegsopfer rechtsstaatliche Pflichten, die ohne gesetzliche Sonderbestimmungen auch auf der allgemeinen Anspruchsgrundlage der Staatshaftung entstanden wären. Der Opferausgleich sei ein rechtsstaatlichen Normengebot. Allerdings entgleite der Sachverhalt der "Statik rechtsstaatlichen Wiedergutmachenmüssens", wenn er den Bereich des Vorhersehbaren, Überschaubaren, Berechenbaren verlasse. Das Zufällige lasse nur Raum für eine dynamische Sozialgestaltung als Folge sozialstaatlicher Verpflichtungen. In der Sache ist Dürig zuzustimmen, soweit er erkennt, daß der Vergeltungsgrundsatz als Rechtsgrundsatz Grundprinzip im Rechtsstaat ist und sich in seiner Geltung auf einen Teilbereich staatlicher Kriegsopferversorgung beschränkt. Im übrigen aber ist der Meinungsstreit gegenstandslos, weil den über das Sozialprinzip angestellten Erwägungen entsprechend Rechtsstaat und Sozialstaat keine Gegensätze sind. Denn das Soziale ist seinem Inhalt nach zumindest in einer Teilbeziehung Recht und umgekehrt, weil das Prinzip des Sozialen das Rechtsprinzip als

1) So auch THIEME, ZSozRef 59, H.4, 243 ff.

2) BVerfG E 1,106, Beschluß vom 19.12.1951

3) Der Staat und die vermögenswerten Berechtigungen seiner Bürger, Festschrift für W.APELT, S. 13 ff.

Mindestgehalt aufweist ¹⁾. Auch die vielfach erörterte Lösung der Frage nach den Leistungsansprüchen des Einzelnen gegen die Träger öffentlicher Verwaltung ²⁾ findet im Vergeltungsgrundsatz einen neuen und richtigen Ansatzpunkt. Dieser Grundsatz wird immer da anzuwenden sein, wo das Prinzip des Sozialen zur Begründung von Leistungsansprüchen des Einzelnen nicht ausreicht, weil ihm ganz andersartige typische Interessenlagen zugeordnet sind. ³⁾

c) Das Verhältnis des Gegenseitigkeitsgrundsatzes zum Rechtsprinzip.

Die bisherigen Erwägungen haben über den Rechtscharakter des Gegenseitigkeitsgrundsatzes und seiner Untersätze, des synallagmatischen und des Vergeltungsgrundsatzes, keinen Aufschluß gegeben. Als zwingende Folgerungen aus dem Rechtsprinzip können sie nicht ohne weiteres bezeichnet werden, weil sie nicht durch Ableitung aus demselben, sondern mit Hilfe des Abstraktionsverfahrens aufgewiesen werden. Ob sie Rechtsgrundsätze oder verfassungsgestaltende Grundentscheidungen sind, erweist erst die deduktive Kontrolle, durch die sich ihr Verhältnis zum Rechtsprinzip feststellen läßt. Die Analyse des Gegenseitigkeitsgrundsatzes ergibt nun, daß ^{er}dem Prinzip der Gerechtigkeit gegenüber indifferent ist:

-
- 1) MARCIC, Gesetzesstaat, S. 411; gegen das antinomische Verständnis des Adjektivs "Sozial" in Art. 28 I auch W. BÖCKENFÖRDE, Der allgemeine Gleichheitssatz, S. 42; FECHNER, Rechtsphilosophie, S. 202, 265; STAMM, JZ 55, 149 ff., DÜRIG, JZ 53, 193; bedenklich v.d. HEYDTE, VVDStRL 8 (1950), S. 163: Der Ausdruck "soziale Gerechtigkeit" ist kein Pleonasmus.
 - 2) Z.B. der Anspruch auf Unterstützung durch die öffentliche Fürsorge; der Anspruch auf Subventionen, vgl. STERN, JZ 60, 557 ff.
 - 3) In anderen Fällen wird häufig der allgemeine Gleichheitssatz zum Opferausgleichssatz. Auch hier gilt das Äquivalenzgesetz, vgl. u.S. 120 ff. und DÜRIG, Menschenwürde, AöR 81, 145

Der Grundsatz der Gegenseitigkeit ist nicht Sollensgebot, sondern ein faktisches, rechtssoziologischer Betrachtung zugängliches Gesetz allen Rechts. Seine Aussage, daß jedes menschliche Verhalten ein (irgendwie geartetes) Reaktionsverhalten auslöst, beruht allein auf der Erkenntnis, daß eigene Interessen in der Regel nicht ohne Mißachtung oder Verletzung fremder, mit den eigenen kollidierender Interessen wahrgenommen werden können (Kollisionsgesetz). Insofern ist zwar das Gegenseitigkeitsgesetz "das elementare Gesetz allen Rechts schlechthin" ¹⁾, weil es dessen logische Bedingung umschreibt. Als Gesetz des Faktischen (Lehrsatz) enthält es aber selbst kein Gebot oder Verbot und liefert deshalb auch keinen Maßstab für die Bewertung widerstreitender Interessen, wenngleich es von deren Kollision ausgeht. Bedingung dafür, daß ein Gesetz (als Regel - nicht Regelung) menschlichen Zusammenlebens am Rechtsprinzip strukturell meßbar ist, ist aber, daß es als Sollensgebot etwas Verbindliches über die Entscheidung eines Interessenwiderstreits aussagt. Auf die weitere Bedingung der Übereinstimmung mit dem Rechtsprinzip, nämlich die im Grundsatz enthaltene Entscheidung für die objektiv wertvolleren Interessen, kommt es deshalb schon nicht mehr an, weil das Gegenseitigkeitsgesetz schon wegen Fehlens der ersten Bedingung als Rechtsgrundsatz oder verfassungsgestaltende Grundentscheidung und damit als Prinzip der Leistungsverwaltung ausscheidet.

1. Das Gleiche gilt nicht ohne weiteres für die Untersätze des Gegenseitigkeitssatzes, den Grundsatz der synallagmatischen Gegenseitigkeit und den Vergeltungsgrundsatz.

Die Relationskontrolle erweist, daß das Gesetz der synallagmatischen Gegenseitigkeit, das überdies nur für Teilbereiche der Leistungsverwaltung gilt, im Unterschied zum Gegenseitigkeits-

1) FECHNER, Rechtsphilosophie, S. 101

grundsatz zwar mit dem Rechtsprinzip strukturell vergleichbar, aber nicht aus ihm ableitbar ist. Es enthält zwar ein Gebot, nämlich dass fremde Interessen als die objektiv wertvolleren zu fördern sind, damit der Träger der begünstigten Interessen eine Gegenleistung erbringt oder weil er eine Gegenleistung erbracht hat.

Dieses normative Element erhebt das Gesetz der synallagmatischen Gegenseitigkeit über den Lehrsatz hinaus zum Grundsatz. Ein Rechtsgrundsatz ist es indessen nicht, weil das Gebot keine zwingende Folgerung aus dem Rechtsprinzip ist. Denn es enthält als Geltungsbedingung nicht das Gebot des Rechtsprinzips, daß minderwertige Interessen um objektiv wertvollere willens zurückzustellen sind.

Deshalb können alle diejenigen Grundsätze keine Rechtsgrundsätze sein, die eine Verfolgung von Interessen vorschreiben, die nur zufällig die wertvolleren Interessen sind. Zu ihnen zählt der Grundsatz der synallagmatischen Gegenseitigkeit. Als Rechtsquelle ist er deshalb die Konkretisierung einer das Recht der Leistungsverwaltung teilweise gestaltenden Grundentscheidung ¹⁾, weil sein Gebot in der Regel Ergebnis einer politischen Zweckmäßigkeitserwägung ist. Die zur Beurteilung der ihm zugrunde liegenden Interessenlagen herangezogenen Werte können auch Rechtswerte sein. Das ist aber nicht notwendig der Fall.

Als Positivierung einer (reinen) verfassungsgestaltenden Grundentscheidung ist das Prinzip der synallagmatischen Gegenseitigkeit mit dem Rechtsprinzip in der Regel konsonant: Es besteht eine widerlegbare Vermutung für seine Rechtmäßigkeit. Sie wird mittelbar indiziert. Weder der Gehalt des Gebots noch die Art seiner Verwirklichung sind in der Regel nachweisbar rechtswidrig

1) Unrichtig KÖTTGEN, Erwerbswirtschaftliche Betätigung, S. 14, der öffentlichen Verwaltung fehle die der Privatwirtschaft eigene Verbindung von Leistung und Gegenleistung. Das ist in dieser Allgemeinheit unzutreffend.

und weisen mithin die Tendenz zur Rechtlichkeit auf, so daß ein gesetzgeberischer Gestaltungsmißbrauch nicht vorliegt. Allerdings tragen gerade die rechtssatzmäßigen Positivierungen des synallagmatischen Gesetzes den Keim der Rechtswidrigkeit schon in sich und bedürfen daher besonders kritischer Prüfung, weil der Staat vom Einzelnen, den er fördert, Gegenleistungen verlangen kann, die durch keinen vom Gemeininteresse gedeckten Zweck gerechtfertigt sind.

2. Anders verhält es sich dagegen mit dem Vergeltungsgrundsatz.

Indem er gebietet, daß derjenige, der höherwertige Interessen verletzt, in die Verletzung eigener Interessen einwilligen muß, enthält er selbst das Verbot, höherwertige Interessen zu verletzen und das indirekte Gebot, sie zumindest mittelbar zu fördern. Daher ist er eine zwingende Folgerung aus dem Rechtsprinzip: Das Vergeltungsprinzip ist ein Rechtsgrundsatz, obwohl es im Unterschied zum principium iuris nicht nur gebietet, die objektiv minderwertigen Interessen zurückzustellen, sondern darüber hinaus sagt, was zu geschehen hat, wenn das objektiv minderwertige Interesse auf Kosten des vorzugswürdigen durchgesetzt worden ist. Dieser umfassendere Gehalt folgt aus dem Rechtsprinzip aber ebenfalls unmittelbar. Denn das Interesse desjenigen, der objektiv wertvollere Interessen verletzt hat, daran, daß seine eigenen nicht verletzt werden, ist als objektiv minderwertig zurückzustellen: Das gebietet der erste aus dem Rechtsprinzip ableitbare Satz von der Gleichheit der Würde des Menschen, demzufolge kein Mensch mehr Anspruch auf die Berücksichtigung seiner Interessen als der andere hat ¹⁾.

Seiner Struktur nach ist das Vergeltungsprinzip ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, der, wie das Rechtsprinzip, objektiv faßbar und zeitlich wie örtlich konstant ist. Der ihm korrelierte Rechtswert ist die personale Würde. Sie ist verletzt, wenn nicht jede

1) WOLFF, princ. juris, S. 115

staatliche Leistung den Charakter einer Gegenleistung für schon erbrachte Vorausleistungen trägt. Andernfalls wäre der Leistungsempfänger wiederum in das, auch soziologisch gesehen, überwundene Objektverhältnis zum Staat verstoßen ¹⁾.

§ 11: Das Prinzip der Gleichheit.

Im folgenden geht es nicht um eine neue Theorie des allgemeinen Gleichheitssatzes, sondern um sein Verhältnis zur Leistungsverwaltung, also um die Frage, ob und gegebenenfalls welche Wechselwirkungen zwischen den Grundprinzipien der Leistungsverwaltung im sozialen Rechtsstaat und dem allgemeinen Gleichheitssatz bestehen.

a) Die Gleichheit als Rechtsgrundsatz.

Seinem Rechtscharakter nach ist der allgemeine ²⁾ Gleichheitssatz ein allgemeiner Rechtsgrundsatz ³⁾. Überall, wo Menschen zusammenleben, soll dem Rechtsprinzip zufolge niemand das Recht haben, einem anderen das Maß der Interessenbefriedigung vorzuschreiben, indem er sie fördert oder vereitelt, wenn das nicht in sachlichen Unterschieden begründet ist. Fehlen sachliche Unterschiede, so ist das Interesse des an der Verfolgung eigener Interessen Gehinderten oder Geförderten daran, daß er selbst das Maß der Interessenbefriedigung bestimmt, objektiv wertvoller als das

1) THIELICKE, Ethik, S. 357 ff.; GERSTENMAIER, Arbeit und Sozialpolitik Nr. 57, S. 157; zutreffend auch die Bemerkung P.TILLICH'S, der Staat könne nicht nur durch Befehl, sondern auch durch Bereitstellen entpersönlichen (zit. nach FREYER, Das soziale Ganze, S. 23)

2) Mit dem "allgemeinen" Gleichheitssatz ist die Verfassungsbestimmung des Art. 3 I: Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich" gemeint

3) W.BÖCKENFÖRDE, Gleichheitssatz, S. 29; WOLFF, Rechtsgrundsätze, S. 39

Interesse dessen, der dieses Maß vorschreibt ¹⁾. Weil diese Interessenlage nichts weiter voraussetzt als eine Vielzahl von Menschen, ist der allgemeine Gleichheitssatz ein allgemeiner Rechtsgrundsatz.

b) Mehrschichtigkeit des allgemeinen Gleichheitssatzes.

Der allgemeine Gleichheitssatz enthält aber nicht nur einen allgemeinen Rechtsgrundsatz. Mit seiner Hilfe kann keine Interessenlage bewertet werden, ohne daß feststeht, welche Unterschiede sachlich und welche unsachlich sind. Entscheidend für jede Inhaltsbestimmung des Gleichheitssatzes ist daher die Feststellung konstanter Merkmale für eine Gleich- oder Ungleichsetzung ²⁾. Ob geförderte oder benachteiligte Interessen objektiv höherwertiger oder minderwertiger als ihre Gegeninteressen sind, läßt sich nur entscheiden, wenn feststeht, welche (sachlichen) Merkmale im Hinblick auf die Bewertung der Interessen relevant sind und welche nicht. Daraus folgt, daß der allgemeine Gleichheitssatz außer einem allgemeinen, in jeder Hinsicht konstanten, einen besonderen Rechtsgrundsatz oder eine verfassungsgestaltende Grundentscheidung enthält. Er ist mehrschichtig ³⁾. Eine verfassungsgestaltende, dem Verfassungswandel unterworfenen Grundentscheidung enthält er, wenn für die Entscheidung, welche Unterschiede sachlich, welche nicht sachlich sind, rechtlich-politische Maßstabwerte den Ausschlag geben. Der allgemeine Gleichheitssatz kann aber auch den Charakter eines besonderen Rechtsgrundsatzes tragen. Oft sind nämlich typische Interessenlagen mit Hilfe des Rechtsprinzips nur dann bewertbar, wenn der Bewertende bestimmte

1) WOLFF, a.a.O., S. 39; ähnlich EBBINGHAUS, SJZ 47, 137 ff.

2) W. BÖCKENFÖRDE, a.a.O., S. 71

3) W. BÖCKENFÖRDE, S. 29 f.

soziologische Tatbestände innerhalb einer raum-zeitlichen Ordnung voraussetzt, die ihm ein gerechtes Urteil darüber erlauben, welche Merkmale die Begünstigung oder Benachteiligung fremder Interessen rechtfertigen. Es ist zum Beispiel keine politische, sondern eine rechtliche Entscheidung, ob gewisse kriegsfolgeschädigten Personen bei der Vergabe von Neubauwohnungen bevorzugt zu berücksichtigen sind oder nicht. Nur ist diese Entscheidung bedingt durch die Kenntnis verschiedener für sie maßgeblicher Faktoren, beispielsweise der wirtschaftlich-sozialen Lage der Betroffenen. Insofern, d.h. soweit der allgemeine Gleichheitssatz einen besonderen Rechtsgrundsatz enthält, gibt es in der Tat umso weniger generelle Gleichheitsgebote oder Ungleichheitsverbote, je mehr soziologische Faktoren bei der Bewertung der Interessenlagen zu berücksichtigen sind ¹⁾. Subtrahiert man vom Gesamtgehalt des allgemeinen Gleichheitssatzes jene politischen Grundwertungen und besonderen soziologischen Tatbestände, so verbleibt als sein Mindestgehalt der allgemeine Rechtsgrundsatz der Gleichheit, der wegen seines bloß formalen Charakters dem Rechtsprinzip selbst am nächsten steht, für die Entscheidung eines Einfalles sich aber als unbrauchbar erweist.

c) Verhältnis zum Rechtsprinzip.

Der allgemeine Rechtsgrundsatz der Gleichheit ist mit dem Prinzip der Gerechtigkeit nicht identisch ²⁾. Beide Prinzipien stimmen zwar insoweit inhaltlich überein, als das Gebot der Gerechtigkeit, auf eigene minderwertige Interessen zugunsten fremder objektiv wertvollere zu verzichten, auch im Gleichheitsgebot zum Ausdruck kommt. Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz unterscheidet sich aber vom Rechtsprinzip in zweifacher Hinsicht:

1) JAHRREISS, Gleichheit, Handbuch des Deutschen StR, S. 632; WOLFF, Rechtsgrundsätze, S. 41

2) W. BÖCKENFÖRDE, S. 57,

1. Er betrifft nicht die allgemeine Gleichheit (als Funktion der Gerechtigkeit im allgemeinen), die sich richtet auf eine angemessene Verteilung und einen Ausgleich der Lasten und Vorteile in den Beziehungen der Menschen untereinander, sondern die Rechts- Gleichheit (als Funktion der Gerechtigkeit im besonderen, d.h. als ein aus ihr ableitbarer Maßstab für die Gestaltung von Interessenlagen), die sich richtet auf eine gleichmäßige Behandlung der Untertanen durch die öffentliche Gewalt (Gleichheit vor dem Gesetz) ¹⁾. Die Rechtsgleichheit betrifft nur das Verhältnis, in dem die einzelnen Bürger durch die Staatsgewalt begünstigt oder belastet werden. Die Unterscheidung zwischen allgemeiner Gleichheit und Rechtsgleichheit ist im wesentlichen identisch mit der durch Aristoteles ²⁾ begründeten Unterscheidung zwischen ausgleichender (iustitia commutativa) und austeilender Gerechtigkeit (iustitia distributiva). Nach Aristoteles ist alles Gerechte auch ein Gleiches (*τὸ ἴσον τὸ δίκαιον*). Die Gleichheit "vor dem Gesetz" (*ἰσότης*), die alle Rechtsbeziehungen beherrscht, bewirke eine ausgleichende Gerechtigkeit (unter den von Natur Ungleichen, aber vor dem Gesetz Gleichen), die Aristoteles "das berichtigend, verbessernd, wiedergutmachend Zukommende" (*τὸ δίκαιον διορθωτικόν*) nannte ³⁾. Die ausgleichende Gerechtigkeit, die Grundverfassung der Nebenordnung (privatrechtliche, individuelle, wirtschaftliche, vertragliche Gleichheit im Rechtsverkehr), versöhne mit der "Ungleichheit im Staat", die die austeilende Gerechtigkeit (unter den vor dem

1) W. BÖCKENFÖRDE, S. 71; GEIGEL, Der Gleichheitssatz und der Gesetzgeber, S. 172

2) Nic.Ethik, 1131 b, 1132 b

3) Vgl. WOLF, Das Problem der Naturrechtslehre, 2. Aufl. S. 132

Gesetz Gleichen, aber sozial Ungleichen) bewirke. Die austeilende Gerechtigkeit, die auf dem Grundsatz der Über- und Unterordnung beruhe, bezeichnete Aristoteles als das "einteilend, verteilend, zuteilend- unterscheidend Zukommende (τὸ δίκαιον διαιρῶν καὶ τριῶν). Sie ist die unbedingte Voraussetzung der ausgleichen- den Gerechtigkeit als der Gerechtigkeit zwischen Gleichberechtigten und deshalb die ursprüngliche Form der allgemeinen Gerechtigkeit, wenngleich nur ein Teil derselben ¹⁾. Deshalb ist auch der allgemeine Gleichheitssatz, der sachlich übereinstimmt mit dem Gebot der austeilenden Gerechtigkeit, nur eine Konkretisierung der Gerechtigkeit, nicht die Gerechtigkeit selbst ²⁾.

2. Wie das Rechtsprinzip (indem es auf die Objektivität der Interessenbeurteilung verweist), enthält auch das Prinzip der Gleichheit das Kriterium der Sachlichkeit: Nur diejenigen Faktoren sind berücksichtigenswert, die von Einfluß sind auf den objektiven Wert der im Spiele befindlichen Interessen ³⁾. Wann aber die wegen des Interessenkonflikts gebotene Differenzierung sachlich ist und wann nicht, darüber sagt das Gerechtigkeitsprinzip selbst wegen seines formalen Charakters nichts aus ⁴⁾. Demgegenüber ist es gerade die Kernfrage jeder inhaltlichen Deutung des Gleichheitssatzes, welche der möglicherweise zu berücksichtigenden Faktoren von Einfluß sind auf den

1) RADBRUCH, Rechtsphilos., § 4, S. 125 f.; ferner WELZEL, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, S. 34, TRUDE, Der Begriff der Gerechtigkeit in der aristotelischen Rechts- und Staatsphilos., 1955

2) Im Ergebnis zutreffend RÜMELIN, Gerechtigkeit, S. 19 f., der "logische" Gleichheitssatz erschöpfe den Begriff Gerechtigkeit nicht, weil er einen ausreichenden Maßstab für die Beurteilung nicht abgebe.

3) WOLFF, princ. juris, S. 115

4) RADBRUCH, Rechtsphilosophie, § 4 S. 126

objektiven Wert der widerstreitenden Interessen, d.h. eine sachliche Differenzierung rechtfertigen. Das aber entscheidet der allgemeine Gleichheitssatz, der darum nicht nur formalen (weil er das Rechtsprinzip voraussetzt), sondern zugleich materialen Charakter trägt ¹⁾.

aa) Die Aussage nun, die Entscheidung treffe letztlich unser Gewissen ²⁾, ist unanfechtbar, aber wenig förderlich. Gewissensentscheidungen sind ausschließlich auf den Einzelfall des Interessenkonflikts bezogen, liefern aber kein für alle Fälle brauchbares Abgrenzungsmerkmal. Ob die Unterscheidungsmerkmale sachlich sind, kann sich, da jedes Gleichheitsurteil mehrere zueinander verschiedene Objekte voraussetzt ³⁾, nur aus einem Vergleich der von einer hoheitlichen Maßnahme betroffenen Personen oder Personengruppe (oder Verhältnisse) mit der Person oder Personengruppe (oder den Verhältnissen) ergeben, die von der hoheitlichen Maßnahme nicht erfaßt sind. Nun ist zwar die Forderung nach Gleichheit des Gesetzes immer dann erfüllt, wenn die Umstände, die zum Verzicht auf die vorzugsweise Befriedigung eigener Interessen verpflichten, zum Tatbestandsmerkmal des maßgebenden Rechtssatzes erhoben sind ⁴⁾. Diese Gleichheitsbeziehung ist aber nur formal insofern, als ein bestimmter Tatbestand für alle von ihm betroffenen Personen oder Sachverhalte

1) Der Meinung HAUGS, Verfassungsrevision, S. 137, der Gleichheitssatz sei ein nichtsagendes Formalprinzip, weil er leerlaufe, wenn er nicht an eine Ordnung materieller Werte anknüpfe, ist zuzustimmen.

2) JAHRREISS, a.a.O., S. 626

3) W. BÖCKENFÖRDE, a.a.O., S. 67

4) WOLFF, VR I, § 60 I b 3, S. 317

die gleiche Rechtsfolge nach sich ziehen muß. Wann die zwischen zwei oder mehreren Vergleichsobjekten erkannten Unterschiede sachlich sind oder nicht, ist dagegen nur auf Grund des materialen Gleichheitssatzes festzustellen. Dieser verlangt, daß die an einen Tatbestand geknüpfte Rechtsfolge alle Interessen ausnahmslos erfaßt, die sich untereinander höchstens der Intensität, nicht der Qualität nach unterscheiden lassen und diejenigen Interessen außer acht läßt, die untereinander qualitativ verschieden sind. Der Qualität nach nicht differenzierbar sind Interessen, welche sich nach Merkmalen unterscheiden, die dem gleichen Rechtswert wesensgemäß zugehören, der bestimmt, welche Interessen als die objektiv höherwertigen den minderwertigen vorzuziehen sind. Alle Unterschiede sind also sachlich und demgemäß mit dem Gleichheitssatz übereinstimmend, die an Merkmale anknüpfen, welche aus wesensgemäß (nicht nur graduell) verschiedenen Rechtswerten abzuleiten sind. Sind die Merkmale auf gar keinen Rechtswert beziehbar und daher ungeeignet, den objektiven Interessenwert zu bestimmen, so können sie sachliche Unterschiede nicht rechtfertigen, weil für das, was sachlich oder unsachlich ist, nur Merkmale maßgebend sind, die zu irgendeinem Rechtswert in innerer Beziehung stehen.

bb) Merkmale der letztgenannten Art hat Wolff ¹⁾ als essentiell bezeichnet. Ihnen stehen die akzidentellen Merkmale gegenüber, das sind diejenigen Eigenschaften, an die ein Tatbestand anknüpfen muß, wenn die aus ihm abgeleitete Rechtsfolge dem Gleichheitssatz nicht widersprechen soll. Demgegenüber sind essentiell nach der hier vertretenen Ansicht solche Merkmale, die auf einen Rechtswert bezogen sind, ohne daß allein deshalb schon feststände,

1) VR I, § 60 b 3, S. 317; ebenso GEIGER, Der Gleichheitssatz und der Gesetzgeber, S. 175 (akzidentell = zufällig, relativ unbedeutend im Vergleich zu anderen Merkmalen)

ob die durch sie begründeten Unterschiede sachlich sind oder nicht. Eben das hängt davon ab, ob jeweils maßgebliche Merkmale auf einen wesenhaft gleichen oder ungleichen Rechtswert bezogen sind. Die aus einer unsachlichen Differenzierung folgende Pflicht zum Verzicht auf die vorzugsweise Befriedigung eigener Interessen kann als Willkürverbot bezeichnet werden. Im Verbot der Willkür hat Leibholz¹⁾ den Wesensgehalt des Gleichheitssatzes (des Art. 109 WRV) gesehen. Der Willkürbegriff selbst wird von Leibholz allerdings in einem anderen Sinne gebraucht: Willkürlich ist eine (hoheitliche) Regelung dann, wenn zwischen Inhalt und Zweck einer Bestimmung kein oder nur ein rein äußerlicher Zusammenhang besteht. Zu Recht ist hervorgehoben worden, daß demnach zwischen Gerechtigkeit und Willkür lediglich ein quantitativer Unterschied bestehe²⁾. Weil das aber unrichtig ist, ist der Willkürbegriff Leibholz' abzulehnen. Er ist überdies unpraktikabel, weil er die Grenze zwischen Ungerechtigkeit und Willkür (Ungleichheit) ohne ein qualitatives Unterscheidungskriterium nicht angeben kann, damit aber die Rechtsunsicherheit fördert³⁾. Immanent folgerichtig ist das Zugeständnis, ein zeitlich konstantes Urteil darüber, was willkürlich sei, könne nicht abgegeben werden⁴⁾. Das aber bedeutet einen untragbaren Verzicht auf jeden gültigen Bewertungsmaßstab dafür, ob eine hoheitliche Maßnahme mit dem allgemeinen Gleichheitssatz übereinstimmt oder nicht.

cc) Das Willkürverbot wird namentlich auch in der umfangreichen neueren Rechtsprechung zum allgemeinen Gleichheitssatz als dessen Wesensgehalt anerkannt. Allen Urteilen des Bundesverfassungsgerichts, die sich ausdrücklich mit dem Gleichheitssatz

1) Die Gleichheit vor dem Gesetz, 1. Auflage 1925, 2. Auflage 1959, DVBl. 51, 193-200

2) W.BÖCKENFÖRDE, a.a.O., S. 48

3) S. Anm. 2)

4) LEIBHOLZ, Gleichheit, AÖR, NF Bd. 12, H. 1, S. 2

befassen, liegt der gemeinsame Gedanke zugrunde, der Gleichheitsgesetz sei verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sachlich einleuchtender Grund für die Gleich- oder Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten nicht finden lasse ¹⁾. Dann sei die hoheitliche Maßnahme willkürlich. Willkürlich sei sie aber nicht schon dann, wenn der Gesetzgeber bei der Regelung eines bestimmten Lebensgebietes nicht alle tatsächlichen Verschiedenheiten der Lebensverhältnisse im einzelnen berücksichtige. Entscheidend sei immer, ob für eine gerechte Betrachtungsweise die tatsächlichen Ungleichheiten so bedeutsam seien, daß der Gesetzgeber sie bei seiner Regelung beachten müsse ²⁾. Später ³⁾ fügt das Bundesverfassungsgericht hinzu, die auf eine bestimmte Regelung abzielenden Erwägungen seien nicht nur an der Gerechtigkeit, sondern auch an der Zweckmäßigkeit zu messen, um entscheiden zu können, ob den tatsächlichen Verschiedenheiten auch für das Recht entscheidende Bedeutung zukomme. Auch in diesem Zusammenhang wird als Grenze der gesetzgeberischen Gestaltung das Willkürverbot bezeichnet.

Zwar ist gegen die Gleichsetzung von Willkür und unsachlicher Differenzierung nichts einzuwenden. Das Bundesverfassungsgericht läßt aber offen, wann ein Unterscheidungsmerkmal sachlich genannt werden kann und wann nicht. Mit dem Hinweis auf die Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit der Entscheidung ist das maßgebliche Kriterium, nämlich die Bezogenheit auf den wesensmäßig gleichen oder ungleichen Rechtswert, nur annäherungsweise erfaßt. Auf der Linie des Willkürverbots bewegen sich auch die wichtigsten Urteile der obersten Verfassungs- und Verwaltungsgerichte der Länder ⁴⁾.

1) BVerfG E 1, 44 - 66 (52)

2) BVerfG E 1, 276; 2, 119

3) BVerfG E 3, 240

4) Auch für sie treffen deshalb die kritischen Bemerkungen zu den Urteilen des BVerfG zu. Vgl. OVG Lüneburg, AS Bd. 2, S. 157-177; Hess. StGH; Verw. Rspr Bd. 2, S. 293-314; Bd. StGH, Verw.-Rspr, Bd. 3, S. 1 - 13; Bay. VGH E NF 1, S. 29 - 33

Allein die Urteile des Hamburgischen OVG ¹⁾ und des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes ²⁾ zielen auf den Kern der inhaltlichen Deutung, wenn sie als willkürlich und dem Gleichheitsgebot widersprechend eine Differenzierung dann bezeichnen, wenn sie eine Rechtsfolge nur von zufälligen (Bayerischer VGH: von äußeren mehr oder weniger zufälligen) Gründen abhängig macht. Jene zufälligen Umstände und Gründe sind gleichbedeutend mit den akzidentellen, d.h. einem Rechtswert gegenüber indifferenten Momenten, die keinen Einfluß haben auf den objektiven Wert der beteiligten Interessen.

d) Die verpflichteten Subjekte.

Welcher Art und Reichweite die Bindung der vollziehenden Gewalt an Art. 3 I GG ist, ist vielfach erörtert worden. Übereinstimmung besteht darin, daß die Eingriffsverwaltung an Art. 3 Abs. I GG gebunden ist. Ebenso ist die Leistungsverwaltung an den allgemeinen Gleichheitssatz gebunden, soweit sie sich öffentlich-rechtlicher Formen bedient ³⁾. Aber auch dann, wenn die Leistungsbeziehungen zwischen der öffentlichen Verwaltung und dem Einzelnen privatrechtlich geregelt sind, gilt für sie Art. 3 Abs. I GG ⁴⁾. Dafür besteht ein praktisches Bedürfnis, weil andernfalls die öffentliche Leistungsverwaltung in der Lage wäre, durch Nichtbeachtung des Gleichheitssatzes ungerechte Verhältnisse dadurch zu schaffen, daß sie in die Formen des Privatrechts ausweicht. Fraglich wird die Geltung des allgemeinen Gleichheitssatzes, wo Träger öffentlicher Verwaltung erwerbswirtschaftlich und wettbewerbsmäßig am Wirtschaftsablauf teilnehmen

1) Verw.Rspr. Bd. 6 (1954) S. 439 - 445
(440 f.); Bay. VGH, DVBl. 51, 177 - 121 (121)

2) S. Anm. 1)

3) W. BÖCKENFÖRDE, a.a.O., S. 10

4) KÖTTGEN, DVBl. 53, 485 ff.; IPSEN, Öffentl.
Subv., S. 19; WOLFF, VR I, § 23 I b)

und sich dabei ganz auf den Boden des Privatrechts begeben. Da hier nur die Prinzipien der öffentlichen Leistungsverwaltung zur Rede stehen, ist dieser Frage nicht weiter nachzugehen ¹⁾.

e) Die Berechtigungen aus dem Gleichheitssatz.

Fraglich ist ferner, welche Individualberechtigungen der Bindung der öffentlichen hoheitlichen Leistungsverwaltung an Art. 3 Abs. I GG gegenüberstehen. Dem Grade der Durchsetzbarkeit nach sind drei Berechtigungen zu unterscheiden:

1. Die schwächste Rechtsstellung hat der Einzelne dann, wenn die Bindung an den (allgemeinen) Gleichheitssatz nur einen sogenannten Rechtsreflex wirft. Der Rechtsreflex (im engeren Sinne) gewährt eine Rechtsstellung, die sich für den Berechtigten aus dem objektiven Recht ergibt, ohne daß der Berechtigte von einer anderen Behörde oder Person ein bestimmtes Verhalten verlangen kann ²⁾. Art. 3 Abs. I GG erzeugt, wenn die öffentliche Leistungsverwaltung einer Zivilperson gegenüber tätig wird, indes nicht nur einen Rechtsreflex zugunsten des Einzelnen, weil das im Prinzip der Gleichheit enthaltene Gebot illusorisch würde, wenn die aus ihm folgende Individualrechtsstellung so schwach wäre, daß ihre Beeinträchtigung keine Rechtsfolge nach sich zieht. Das Gleichheitsgebot gewährt aber nicht nur eine Rechtsstellung, sondern begründet auch eine Pflichtenstellung.
2. Die aus dem allgemeinen Gleichheitssatz folgende Rechtsstellung des Einzelnen kann auch das Recht gewähren, von einer

1) Vgl. dazu IPSEN, Öffentl. Subventionierung, S. 19; W. BÖCKENFÖRDE, S. 16, lehnt eine direkte Grundrechtsbindung wegen der daraus folgenden Unbeweglichkeit der unternehmerischen Initiative ab, bejaht sie aber für die Bedarfsverwaltung (keine unternehmerische Tätigkeit).

2) WOLFF, Der Abwendungsanspruch, S. 120

bestimmten Person oder Behörde ein bestimmtes Verhalten ¹⁾ verlangen zu können. Dieses Verhalten kann nur darin bestehen, daß die jeweilige Person oder Behörde es unterläßt, ohne sachliche Gründe das Maß der Interessenbefriedigung vorzuschreiben. Der hierauf gerichtete öffentlich-rechtliche Individualanspruch ist ein Abwehranspruch ²⁾, da er darauf abzielt, daß die Beeinträchtigung der eigenen objektiven Rechtsstellung unterbleibt. Die dem Anspruch zugrunde liegende Rechtsstellung ist der status negativus als Folge der objektiven Grundrechtswirkung ³⁾. Der Abwehranspruch ist nach allgemeiner Meinung diejenige Berechtigung, die der allgemeine Gleichheitssatz gewährt ⁴⁾. Das ist zutreffend, weil der Abwehranspruch dem limitierenden Charakter des Rechtsprinzips, das Art. 3 Abs. I GG lediglich konkretisiert, entspricht: Wenn das Rechtsprinzip (beschränkend) gebietet, auf die Befriedigung eigener Interessen zugunsten fremder höherwertiger zu verzichten, dann kann der Gleichheitssatz, weil er sich vom Rechtsprinzip nicht durch den Gebotsinhalt, sondern nur durch das zusätzliche Kriterium des sachlichen Unterschieds unterscheiden, nicht die positive Förderung fremder Interessen, sondern auch nur gebieten, daß die Befriedigung von Interessen einer bestimmten Person oder Behörde dann als objektiv minderwertig zurückzustellen ist, wenn sie nicht in sachlichen Differenzen der Personen oder Verhältnisse ihren Grund hat ⁵⁾. Deshalb gewährt der allgemeine Gleichheitssatz selbst keinen Anspruch auf die

1) Das Verhalten ist allerdings nur negativ-formal bestimmt: es muß in einem Unterlassen bestehen. Positiv-material ist das Verhalten unbestimmt.

2) WOLFF, a.a.O., S. 28; v. MANGOLDT-KLEIN, Komm. zum GG, Vorbem. A II 3 a, S. 59
WOLFF, a.a.O., S. 127, bezeichnet diesen Anspruch als Abwendungsanspruch

3) W.BÖCKENFÖRDE, a.a.O., S. 28; v. MANGOLDT-KLEIN, Komm. zum GG, Vorbem. A II 3 a, S. 59

4) W. BÖCKENFÖRDE, a.a.O., S. 28; v. MANGOLDT-KLEIN, a.a.O., Art. 3 Anm. II 5

5) WOLFF, Rechtsgrundsätze, S. 39

positive Förderung eigener Interessen, sondern nur darauf, daß die Benachteiligung eigener objektiv wertvollere Interessen unter bestimmten Voraussetzungen unterbleibt. Legt man dem durch den Gleichheitssatz gewährten Anspruch diesen Inhalt zugrunde, bestehen keine Bedenken, den Abwehranspruch als subjektiv öffentliches Recht (im engeren Sinne) zu bezeichnen, denn er zielt ab auf eine bestimmte ¹⁾ Leistung einer Person oder Behörde ²⁾.

3. Die dem Grade der Durchsetzbarkeit nach stärkste Rechtsstellung würde der allgemeine Gleichheitssatz den Zivilpersonen dann gewähren, wenn das durch ihn ausgesprochene Gebot nicht nur limitierend-defensiv (so die herrschende Meinung), sondern positiv-offensiv wirkte. Dann wäre Art. 3 Abs. 1 GG als Gebot gleicher Zuteilung Anspruchsrechtssatz für gleiche staatliche Leistungen. Die Frage, ob der Gleichheitssatz in der öffentlichen Leistungsverwaltung über seine bloß beschränkende Wirkung hinaus ein Gebot positiver Interessensförderung darstellt, ist die eigentliche Kardinalfrage und zugleich der Ansatzpunkt für eine völlig neue Phase seiner Deutung ³⁾. Sie ist freilich nicht aus der Immanenz des Gleichheitssatzes selbst zu lösen, weil das Gebot des Art. 3 Abs. 1 GG nur limitierend wirkt und daher keinesfalls einen Anspruch auf (gleiche) Zuteilung staatlicher Leistung gewährt. Den richtigen Lösungsweg hat Ipsen ⁴⁾ gewiesen: Seiner Ansicht nach wird der allgemeine Gleichheitssatz im Sozialstaat

1) Allerdings oft nur negativ bestimmte L., s. Anm. 1 S. 130

2) v. MANGOLDT-Klein, Art. 3 Anm. II 5, S. 194; BACHOF, Verwaltungsgerichtliche Klage, S. 93

3) Vgl. Parallele im Arbeitsrecht (freiwillige Sozialleistungen), NIKISCH, Arbeitsrecht, S. 424 ff., E. BÖTTICHER, RdA, 53, 161; H. GALPERIN, RdA 53, 169

4) IPSSEN, Gleichheit, Die Grundrechte, Bd. 2, S. 111-197 (173)

entscheidend geprägt durch sein soziales Substrat ¹⁾. Wenn Sozialstaatlichkeit über rein ethische Anforderungen der aus dem Zusammenleben gebotenen wechselseitigen Rücksichtnahme hinaus auf gerechte Güter- und Chancenverteilung durch den Staat ziele und die Identifizierung mit partikulären Interessen der Gesellschaft verbiete, könne ihr Gebot zur Inhaltserfüllung des Gleichheitssatzes vornehmlich im ökonomischen Bereich beitragen ²⁾. Nach Ipsen kann die Begründung eines Rechtsanspruchs auf öffentliche Fürsorge als eine Art Mindestexistenzgewährleistung der Allgemeinheit für den Schwachen als Funktionalisierung des Gleichheitssatzes mit Hilfe der Sozialstaatsklausel verstanden werden ³⁾. Darauf, daß der Gleichheitssatz im sozialen Rechtsstaat das Schwergewicht von der Sicherung der Freiheit auf die Sicherung der Gleichheit (in der Zuteilung) verlagere, ist auch von anderer Seite ⁴⁾ hingewiesen worden. Das Gebot gleicher Zuteilung wird hier aber nicht aus rechtsprinzipiellen Erwägungen, sondern aus der richtig erkannten Tatsache abgeleitet, daß die Gewährung staatlicher Güter und Leistungen sich - namentlich im Bereich der Daseinsvorsorge - nur noch zum Teil auf gesetzlicher Grundlage abspielt und daß daher die Forderung auf gleichmäßige Anwendung des Gesetzes auf jedermann ohne Ansehen der Person an Bedeutung mehr und mehr zurücktritt. ⁵⁾ Ipsen geht mit Recht davon aus, daß die Tätigkeit der öffentlichen Leistungsverwaltung nicht nur unter ein, sondern unter mehrere Prinzipien gestellt sein kann ⁶⁾.

1) IPSEN, a.a.O., S. 175; HUBER, DÖV 56, 202;
in ähnlicher Richtung für Art. 3 II GG:
BAG E 1, 128, ff.; 1, 57 ff.; vgl. auch HUECK,
Der Sozialstaatsgedanke in der Rechtsprechung
des BAG, Festschrift für APELT, S. 57 ff.

2) A.a.O., S. 173

3) A.a.O., S. 174

4) HESSE, AöR 77 (51/52), S. 181, 219

5) HESSE, a.a.O., S. 220

6) JAHRREISS, Gleichheit, Handb. d. Deutschen
StAR Bd. II, § 103, S. 627

die, weil sie zu dem Prinzip der Gerechtigkeit in mehr oder minder enger Beziehung stehen, sich auch zueinander in einer bestimmten Weise verhalten. Auf diesesozubezeichnende funktionelle Interdependenz der Leistungsverwaltungsprinzipien ist schon mehrfach hingewiesen worden. Für die Auslegung des Gleichheitssatzes gewinnt sie erhöhte Bedeutung. Wenn das Prinzip der Daseinsvorsorge als Teilprinzip des Sozialgesetzes gebietet, die Befriedigung der auf die vitale Lebenssphäre bezogenen Einzelinteressen positiv zu fördern, so funktionalisiert dieses Gebot auch das ursprünglich nur einschränkende Gebot des Gleichheitssatzes: Der allgemeine Gleichheitssatz wird zum Gebot auf gleiche positive Förderung der vom Prinzip der Daseinsvorsorge betroffenen Interessen. Den Funktionszusammenhang stellt die integrierende Kraft der Sozialstaatserklärung (Art. 20 GG) her, die hier jedoch nicht als Rechtsgrundsatz, sondern als auf vornehmlich politischen Grundwertungen beruhende verfassungsgestaltende Grundentscheidung fungiert; denn das ist die eigentliche Funktion der verfassungsgestaltenden Grundentscheidung, daß sie nicht selbst nur wie der Rechtsgrundsatz unmittelbar Richtlinien für die Bewertung widerstreitender Interessen gibt, sondern sich als Ausdruck des (politischen) gesetzgeberischen Willens auf die einzelnen Grundrechtsbestimmungen und grundrechtsähnlichen Verfassungsnormen legt, sie dem prinzipiellen Gehalt nach aufeinander abstimmt und sie manchmal in die Beziehung wechselseitiger inhaltlicher Bedingtheit versetzt. Der allgemeine Gleichheitssatz bedeutet Gebot auf positive Interessenförderung ¹⁾ nicht nur, wenn ein Vorgang oder Berufungsfall als Vergleichstatbestand ²⁾ seine Anwendung fordert, sondern auch immer dann, wenn das Prinzip der Daseinsvorsorge dem Staate gebietet, für alle

1) Für eine Verpflichtung der Verwaltung aus Art. 3 I auch BVerwG NJW 58, 2129

2) IPSEN, Öffentl. Subventionierung, S. 14

gleiche, ihrer personalen Würde entsprechende Lebensbedingungen zu schaffen ¹⁾.

f) Der Zuteilungsmaßstab.

1. Für die dem Rechtsbegriff der Daseinsvorsorge zugeordneten Lebenssachverhalte ist der Gleichheitsmaßstab unschwer aufzufinden: Es gibt kein sachliches Unterscheidungsmerkmal, welches die unterschiedliche Zuteilung existenzieller Leistungen rechtfertigen könnte, weil sämtliche Individualinteressen auf den nämlichen Rechtswert, die Würde des Menschen, bezogen sind. Daraus folgt notwendig, daß der Gleichheitsmaßstab schematisch ist. Im Bereich der Daseinsvorsorge sind dem Gleichheitsgebot zufolge allen die gleichen existenziellen Lebensgüter zuzuteilen ²⁾. Negativ gilt das Verbot, irgend jemanden, sei es aus welchen Gründen auch immer, von der Teilhabe an den Leistungen der Daseinsvorsorge auszuschließen ³⁾. Es ist folglich unzulässig, jemanden bei der Vergabe daseinsnotwendiger Güter etwa deshalb zu bevorzugen, weil er politischen Einfluß besitzt. Unzulässig ist es auch, die Verteilung lebensnotwendiger Güter von dem Nutzen des Einzelnen für den Staat, seinem politischen Wohlverhalten ⁴⁾, von dem Grad seiner Verwendbarkeit oder Unverwendbarkeit für die Allgemeinheit abhängig zu machen. Alle diese Maßstäbe versagen, soweit das Prinzip der Daseinsvorsorge im Funktionszusammenhang mit dem allgemeinen Gleichheitssatz gilt ⁵⁾. Die absolute

1) KÜCHENHOFF, JR 59, 281 ff.; COING, Die obersten Grundsätze, S. 49

2) DÜRIG, AöR 81, 145; HESSE, a.a.O., S. 221; der aber dieses Gebot zu Unrecht "auf die Verwaltung als Leistungsträger" schlecht-hin bezieht.

3) KRAUSE, Der verteilende Staat, Festschrift für GIESEKE, S. 1 ff.

4) KRAUSE, Der verteilende Staat, Festschrift für GIESECKE, S. 1 ff.

5) Bei den Verfassungsverhandlungen wurde als Zusatz zu Art. 3 folgende Bestimmung vorgeschlagen: "keinesfalls darf das Mindestmaß der zum Leben notwendigen Nahrung, Kleidung und Wohnung verweigert werden."; vgl. v. MANGOLDT-, AöR 75(1948)S.281.

Gleichheit wird allerdings relativiert, wenn an die versorgten Personen selbst gebundene Unterschiede verschiedene Bedarfsgrade zur Folge haben. Solche Unterschiede können sich z.B. ergeben aus dem Alter, dem Gesundheitszustand, der die körperlichen Kräfte mehr oder minder beanspruchenden Tätigkeit usw.¹⁾ Niemals können aber von außen herangetragene, personenfremde Unterschiedlichkeiten eine ungleiche Verteilung daseinsnotwendiger Lebensgüter rechtfertigen²⁾. Weil die Gleichheit der Daseinsvorsorge an das personale Sein des Menschen anknüpft, kann man sie mit Fug als persönliche Gleichheit bezeichnen³⁾. Der Gedanke der absoluten (persönlichen) Gleichheit trifft nur zu für den zumeist rechtssatzfreien Raum der Daseinsvorsorge, in dem die Forderung des principium sociale unerfüllbar ist, ohne daß sie durch das Gebot der persönlichen Gleichheit funktionell ergänzt wird. Das Gebot der persönlichen Gleichheit deckt sich, soweit es das Kriterium des sachlichen Unterschieds enthält, mit dem Prinzip der Gerechtigkeit selbst. Es unterscheidet sich aber von ihm⁴⁾ dadurch, daß es nicht nur den Verzicht auf die Befriedigung eigener minderwertiger, sondern -darüber hinaus - hinfolge der funktionellen Integration mit dem Prinzip der Daseinsvorsorge - die unmittelbare positive Begründung fremder (objektiv wertvollerer) Interessen gebietet. Überdies gibt es

1) S. Anm. 4) S. 135

2) Dem Prinzip der Daseinsvorsorge entspricht also die arithmetische, nicht die geometrische Gleichheit, vgl. HÖFFNER, Die soz. Gerechtigkeit und die überlieferte abendländische Gerechtigkeitslehre, Festschrift für K. ARNOLD, S. 35 ff.

3) Die Auffassung von der persönlichen Gleichheit hat NAWIASKY bereits auf der Staatsrechtslehrertagung 1926 in Münster vertreten, vgl. Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL Heft 3 (1927), S. 25-43, Wenn NAWIASKY jedoch meint, jedwede Unterscheidung nach Stand, Geschlecht, Bekenntnis usw. einer Person sei durch den allgemeinen Gleichheitssatz verboten, so ist das eine unzulässige und wegen der nahezu abwegigen Folgen in der Tat unhaltbare Verallgemeinerung, so zu Recht W.BÖCKENFÖRDE, S. 46

4) Im Gegensatz zu NELSON, System der philos.Rechtslehre, S.80-83

als materiales Prinzip den Rechtswert der personalen Würde an, dem alle Existenzinteressen zugeordnet sind.

2. Geht es jedoch nicht um die Verteilung existenzieller Güter oder Leistungen, dann ist das Prinzip der Daseinsvorsorge unanwendbar. Der Gleichheitsmaßstab ist nicht mehr schematisch, sondern wird bestimmt durch personenfremde Kriterien.

Zur Frage des Verteilungsmaßstabes für nicht existenzielle Leistungen sei hier nur auf folgendes hingewiesen:

Die Verteilung der Güter durch den Staat setzt einen bestimmten Auswahlgrundsatz ¹⁾ voraus. Er wird gewonnen aus einer bestimmten, örtlich und zeitlich wandelbaren Bewertung des Menschen durch den Staat ²⁾. Die Sozialwertung hat dem Rechtsprinzip zufolge Halt zu machen an der Grenze, jenseits welcher er nur den konstanten Wert der personalen Würde gibt. Die Würde der Menschen ist von Anfang an gleich ³⁾. Demzufolge sind alle Menschen anfänglich gleichwertig.

Die Verteilungsmaßstäbe müssen einheitlich sein ⁴⁾. Insofern ist es gleichgültig, nach welchem Maß gemessen wird, ob nach dem Bedarfsgrad des Einzelnen, seiner Würdigkeit oder Nützlichkeit für die Allgemeinheit. Eine Einschränkung ist jedoch geboten:

Für die Bildung des Maßstabs müssen in der Ordnung des Soziallebens objektiv bewertbare Faktoren bestimmend gewesen sein ⁵⁾.

1) EMGE, Einführung in die Philosophie, S. 182;
EICHLER, Recht in: Handbuch der Soziologie, S. 914

2) Auf einer unterschiedlichen Bewertung des Menschen gründete auch das Gebot der aristotelischen austeilenden Gerechtigkeit, vgl. S. 123 und COING, Die obersten Grundsätze des Rechts, S. 34

3) WOLFF, Gerechtigkeit, S. 115

4) EMGE, Einführung, S. 174

5) KRAUSE, Der verteilende Staat, Festschrift für GIESECKE, S. 13; ders., ZAKDR 44, 95 ff.

Sonst wäre der angewandte Maßstab selbst nicht objektiv gültig.

Der gefundene Maßstab darf nur auf die Träger wesentlich gleicher Interessen angewandt werden ¹⁾. Der rechtsfolgebegründende Tatbestand muß alle Sachverhalte wesentlicher gleicher Interessenlagen erfassen. Denn ein Gleich- oder Ungleichheitsurteil setzt Vergleichbares voraus.

Das fortschreitende Anwachsen der staatlichen Aufgaben führt notwendig zu einer Nivellierung der wirtschaftlichen und sozialen Unterschiede. Das hat seinerseits eine Verminderung der Verteilungsmaßstäbe zur Folge, weil die sie bildenden sozialen Faktoren weggefallen oder nicht mehr objektiv bewertbar sind. Gleichwohl bleibt die Bildung der Maßstäbe gemäß den aufgezeigten Gesichtspunkten das vordringliche Problem des Gesetzgebers und der Verwaltung.

Die positiv-offensive Wirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes ist aber auch im Bereich nicht existenzieller Leistungen nicht in Frage gestellt. Nur übernehmen hier die Funktion des Prinzips der Daseinsvorsorge neben dem Sozialprinzip auch andere verfassungsgestaltende Grundentscheidungen oder Rechtsgrundsätze, wie z.B. der Grundsatz der synallagmatischen Gegenseitigkeit oder das Vergeltungsgesetz.

g) Einschränkungen der Leistungspflicht aufgrund des Gleichheitssatzes.

Aus dem Vergeltungsgrundsatz läßt sich eine Leistungspflicht der öffentlichen Verwaltung (und ein dementsprechender Leistungsanspruch des Einzelnen) nur herleiten, wenn der Einzelne vorgeleistet und eigene objektiv wertvollere Interessen geopfert hat. Ist das der Fall, wird der allgemeine Gleichheitssatz zur

1) WOLFF, VR I, § 60 I, S. 63, S. 317

Funktion des Vergeltungsgrundsatzes. Die Forderung des Einzelnen lautet hier: Ich beanspruche gleiche Teilhabe, weil meine Gegenleistung der des anderen gleichwertig ist. Da Leistung und Gegenleistung aneinander gemessen werden, ist die auf dem Spiele stehende Gerechtigkeit auch nicht die zuteilende, sondern die Austausch-gerechtigkeit (justitia commutativa) ¹⁾. Freilich ist eine Einschränkung geboten: Der Gesetzgeber und die vollziehende Gewalt, die beide durch ihr Handeln den Staat vertreten, sind zur Leistung gemäß dem Vergeltungsgrundsatz nur verpflichtet, wenn das in der Vergangenheit liegende Interessenopfer dem Staat selbst zuzurechnen ist, weil es dessen Risikosphäre angehört. Dem Staate zuzurechnen sind sämtliche Staatsakte (Gesetze, Verwaltungsmaßnahmen).

Sind dagegen die Einzelinteressen durch zufällige Ereignisse, wie Naturkatastrophen oder Schicksalsschläge verletzt, so gebietet das Vergeltungsgesetz jedenfalls keinen Ausgleich durch staatliche Leistungen ²⁾. Handelt es sich um existenzielle Leistungen, übernimmt die Funktion des Vergeltungsgesetzes das Prinzip der Daseinsvorsorge: Zur Gewährung nicht existenzieller Leistungen verpflichten den Staat die übrigen im Sozialprinzip enthaltenen verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen oder das synallagmatische Prinzip.

§ 12: Der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz (Vorbehalt des Gesetzes) ³⁾.

Die Tatsache, daß die sozial bewahrende Eingriffsverwaltung des

1) Zutreffend BÖTTICHER, RdA 53, 161 ff.

2) GEIGER, Der Gleichheitssatz und der Gesetzgeber, S. 180

3) Der Vorrang des Gesetzes bleibt außer Betracht: Er ist für das Recht der Leistungsverwaltung unproblematisch (Art. 20 III GG), JESCH, AöR 82 (1957) 246; ULE, DVBl. 56, 26

liberalen Rechtsstaates der Bedeutung und dem Umfange nach mehr und mehr hinter die sozial-gestaltende Leistungsverwaltung des sozialen Rechtsstaates zurücktritt, läßt vermuten, daß auch das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) inhaltlich anders als bisher zu deuten ist. Es ist fraglich, in welchem Sinne die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung noch als ein für die moderne verwaltungsrechtliche Dogmatik konstitutives Prinzip gelten kann ¹⁾.

a) Der Rechtsgrundsatz der Gesetzmäßigkeit.

Der grundsätzliche Gehalt des Prinzips steht fest, soweit eine Bindung der Verwaltungsbehörden an autoritative Rechtssätze gemeint ist: Weil die vielfältigen typischen Interessenkollisionen oft nicht nur eine, sondern mehrere mögliche Entscheidungen zulassen und es darum nicht gewährleistet ist, daß die den Lebenssachverhalten zugeordneten Rechtsfolgen mit dem Rechtsprinzip übereinstimmen und damit materiell rechtmäßig sind, ist es im Interesse der Rechtssicherheit erforderlich, alle als mit dem Rechtsgesetz konsonant erkannten Interessenbewertungen rechtsatzmäßig zu konstatieren und die rechtsanwendenden Organe an diese Rechtssätze zu binden, um eine gleichmäßige und sichere Lösung alltäglicher Interessenkonflikte durch die Verwaltungsbehörden zu ermöglichen ²⁾. Dieser dem Meinungsstreit entzogene Grundgehalt des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung intendiert nicht nur unmittelbar das Prinzip der Gerechtigkeit, sondern ist aus ihm ableitbar, weil er den kategorischen Charakter des Rechtsprinzips (d.h. das unbedingte Sollensgebot) nur konkretisiert. Er soll die (gleichmäßige) Durchsetzung der jeweils objektiv wertvolleren, rechtssatzmäßig konstatierten

1) Für die herkömmliche Deutung des Grundsatzes verneinend FORSTHOFF, Rechtsfr., S. 22

2) WOLFF, VR I, § 30 I a, S. 125 f.

Interessen durch die rechtsanwendenden Organe gewährleisten. Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit ist daher ein Rechtsgrundsatz ¹⁾. Wenngleich es als ergänzenden Maßstabwert den Rechtswert der Rechtssicherheit selbst enthält ²⁾ und nicht nur auf ihn verweist, ist es doch kein materielles Prinzip in dem Sinne, daß es allein zur Entscheidung eines Einzelfalles ausreicht. Denn es gebietet nur, daß dem höherwertigen Interesse der Vorzug zu geben ist, sagt aber nichts darüber aus, mit Hilfe welchen Rechtswertes bestimmte Interessen als die im Verhältnis zu anderen objektiv wertvolleren erkannt werden können. Seiner Struktur nach ist das Prinzip der Gesetzmäßigkeit ferner ein besonderer Rechtsgrundsatz. Es setzt nicht wie die allgemeinen Rechtsgrundsätze nur eine Vielheit von Menschen, sondern ein gewisses Maß staatlicher Organisation, die Existenz eines Verfassungsgesetzgebers und nachgeordneter rechtsanwendender Organe als Bedingung voraus. Wegen ihrer Abhängigkeit von den besonderen soziologischen Tatbeständen, die sie voraussetzen, sind die besonderen Rechtsgrundsätze auch nicht unwandelbar und allgemein-gültig,

-
- 1) Rechtsgrundsatz ist er allerdings nur dann, wenn die Gesetze auch die objektiv wertvolleren Interessen begünstigen. Das ist mit Gesetzmäßigkeit gemeint. Auch die ungerechte Verwaltung kann "gesetzmäßig" sein, nämlich, wenn die Gesetze ungerecht sind, HAUG, Die Schranken der Verfassungsrev., S. 333
 - 2) Vgl. WOLFF, Juristische Person, S. 414: Die Berechenbarkeit stehe mit dem Rechtsgesetz nicht entgegen, sondern werde unter dem Titel der Rechtssicherheit von ihm gefordert; J. MESSNER, Österr. Zeitschr. f. öff. Recht NF Bd. IX, H. 2, S. 132, 141; Sachlich ebenso RÜMELIN, Gerechtigkeit, S. 51: "So werden planmäßige Ordnung und Wahrung der Rechtssicherheit, vom Standpunkt der Gemeinschaftszwecke aus gesehen, zu Bestandteilen der Gerechtigkeit."

sondern ändern sich mit dem Wandel der zugrundeliegenden Faktoren. Aus eben diesem Grunde beanspruchen sie auch nur Geltung für eine bestimmte Rechtsordnung oder einen Teil desselben ¹⁾. Deshalb ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, daß auch das Gesetzmäßigkeitsprinzip (der Vorhalt des Gesetzes) hinsichtlich seines Geltungsumfanges auf eine bestimmte Tätigkeit der rechtsanwendenden Organe beschränkt ist.

b) Verhältnis zum Gleichheitssatz.

Die funktionelle Integration des Prinzips der Gesetzmäßigkeit mit dem allgemeinen Gleichheitssatz ist einsichtig: Der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz enthält durch den ihm zugeordneten Rechtswert der Rechtssicherheit selbst ein konkretes Gleichheitsgebot. Er gebietet aber nicht wie das Gleichheitsprinzip die materiale Rechtsgleichheit, sondern nur die formale (Gleichheit der Rechtsanwendung). Insofern bedeutet es nichts anderes, als daß die Gesetze ohne Ansehen der Person anzuwenden sind ²⁾. Wegen dieses grundlegenden Unterschieds ist das Prinzip der Gesetzmäßigkeit neben dem allgemeinen Gleichheitssatz nur ergänzendes Prinzip. Deshalb ist auch der Schluß, es könne lediglich auf den allgemeinen Gleichheitssatz (der ein materiales Prinzip ist) gegründet werden, nicht gerechtfertigt. ³⁾

c) Bedeutung für das rechtsstaatliche Verw.-Recht.

Die für ein rechtsstaatliches Verwaltungsrecht grundlegende Bedeutung des Gesetzmäßigkeitsprinzips wird in Rechtsprechung und

1) WOLFF, Rechtsgrundsätze, S. 41

2) W. BÖCKENFÖRDE, S. 164

3) IPSEN, Gleichheit, a.a.O. S. 64;
FRIESENHAHN, RStW II (1950),
S. 239 ff.

Schrifttum zu Recht betont. An dieser Stelle wird er als das Fundament des Rechtsstaats, als sein entscheidender Grundsatz ¹⁾ und Eckpfeiler ²⁾, an jener als Grundaxiom des Verwaltungsrechts ³⁾ und als verwaltungsrechtliches Problem bezeichnet ⁴⁾.

d) Geltungskraft und Geltungsumfang.

Wenn auch der rechtsprinzipielle Gehalt des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes als Mindestvoraussetzung seines Verständnisses allgemein anerkannt ist, so besteht doch weniger denn je Übereinstimmung über Sinn, Geltungskraft und Geltungsumfang des Prinzips in der sozialstaatlichen Leistungsverwaltung. Der noch herrschenden Meinung zufolge bedürfen nur Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Grundlage in einem (allerdings formellen) Gesetz ⁵⁾. Nur gegenüber Verwaltungsmaßnahmen, die dem Einzelnen ein Tun, Dulden oder Unterlassen abverlangten, bestehe ein Schutzbedürfnis, weil diese Akte eine ungünstige Gestaltung der Individualrechtslage herbeiführten. Das Schutzbedürfnis werde durch die Bindung der Verwaltung an eine gesetzliche Ermächtigung befriedigt ⁶⁾. Gegenüber

1) THOMA, Rechtsstaatsidee und Verwaltungswissenschaft, Jahrbuch des öff. Rechts 4 (1910), S. 204; HAUG, Die Schranken der Verfassungsrev., S. 132

2) FLEINER, Zur Technik des Verwaltungsrechts, Festgabe zum Schweiz. Juristentag, 1928, S. 3

3) JELLINEK, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 80; DARMSTAEDTER, Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaats, S. 59 Anm. 2; IMBODEN, Das Gesetz als Garantie, S. 8; ROOS, Der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung, Rechtsquellenprobleme im Schweiz. Recht 1955, S. 118; O.MAYER, Verw.-Recht I, 3. Auflage, S. 58

4) S. Anm. 3)

5) Vgl. Entwurf WüEVRO, Begründung zu Art. 64; UHLE, Verhältnis von Verwaltungsstaat und Rechtsstaat, a.a.O., S. 127 ff.; ders. Bespr. des Urts. des BVerwG vom 20.5.55 in DVBl. 55, 773; FLEINER, Institutionen, § 9 S. 113 ff.; O.MAYER, Verw.-Recht I, 3. Aufl., S. 69; BVerfG E 9, 147; RUCK, Schweiz. Verw.-Recht S. 149 ff.; FRIESENHAHN, Die rechtsstaatlichen Grundlagen, a.a.O.; OVG Lüneburg, DVBl. 56, 24 mit Anm. v. ULE; Jesch, AöR 82 (1957), S. 246; OVG Rhld.-Pfalz, AS 2, 268, vgl. ferner BVerfGE 9, 147; 8, 325

6) Ausdrücklich Begr. zu Art. 64 WüEVRO

begünstigenden Verwaltungsmaßnahmen und solchen, die den Rechtskreis des Einzelnen gar nicht berühren, bestehe ein solches Bedürfnis nicht.

Dieser Ansicht diametral entgegengesetzt ist jene Meinung, der zufolge der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht nur für die Eingriffsverwaltung, sondern auch für die leistende Verwaltung umfassende Geltung beansprucht ¹⁾. Nur äußerste Berechenbarkeit der Verwaltungsfunktionen sichere die gerechte Teilhabe des Einzelnen am Sozialprodukt ²⁾. Die herrschende Meinung beruhe auf einem historisch zu erklärenden Irrtum. Art. 20 Abs. 3 GG spreche mit hinreichender Deutlichkeit aus, daß jede staatliche Tätigkeit einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage bedürfe. Mit Rücksicht darauf, daß die Sozialstaatsklausel des Art. 20 Abs. 1 GG richtigerweise als Generalklausel für die gewährende Tätigkeit des Staates aufzufassen sei, sei die Konstruktion einer Nichtbindung an das Gesetz auch entbehrlich ³⁾. Die Ermächtigung durch das Gesetz könne zwar eine sehr allgemeine, die Bindung an die Normen sich auf eine Bindung an die allgemeine Rechtsordnung (!) beschränken: Auch das sei unverzichtbare Rechtssatzgebundenheit ⁴⁾. Die herrschende Ansicht trage dem Umfange nicht Rechnung, den heute die vorsorgende Tätigkeit des Staates angenommen habe und würdige die Bedeutung der staatlichen Hilfen für den Einzelnen nicht genügend. Letztlich führe aber die

1) RASCH, VerwArch 50 (1959) S.4; STERN, VerwArch 49 (1958) S. 140; SCUPIN, VVDSTRL 16, 262 ff.; STERN, JZ 60, 524/525; unentsch. REUSS, DVBL. 59, 537

2) E.KERN, MDR 49, 137 ff.

3) HAMANN, Komm. z. BGG, Einf. I D 1 d, S. 27; ders. NJW 57, 1422 ff.; ders. Deutsches Wirtsch.-Verf.-Recht S. 40

4) BECKER, E., Verwaltungslehre in: Die Verwaltung, herausgegeben von GIESE, Bd. 1, Heft Nr. 6/7, S. 11; RUPP, DVBL. 59, 81 ff.

Frage nach dem Geltungsumfang des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes auf das Grundverständnis vom Staate zurück ¹⁾.

In neuerer Zeit haben sich auch ausländische, insbesondere Schweizer Autoren mit der Frage des Geltungsumfanges des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes auseinandergesetzt. Imboden ²⁾ kommt zu dem Ergebnis, daß die deutsche Konzeption des Gesetzesvorbehalts, die in betonter Einseitigkeit nur freiheitsbeschränkende Maßnahmen der formellen Garantie des Gesetzes unterwerfe, in der heutigen Rechtsordnung keinen Platz mehr habe. Man werde davon abrücken müssen, zwischen eingriffsverschärfenden Hoheitsakten einerseits und leistenden Anordnungen andererseits zu unterscheiden. Angesichts der inneren Einheit der Rechtsordnung und der Interdependenz von Eingriffen und Leistungen sei es inkonsequent, nur Eingriffe dem Gesetz im formellen Sinne vorzubehalten. Im Grunde gehe es stets nur um ein Verteilungsproblem. Imboden folgend meint auch Roos ³⁾, die Formel "Eingriffe in Freiheit und Eigentum" habe im Ordnungsstaat noch ausgereicht, könne aber im Zeitalter des Wohlfahrtsstaates und der staatlichen Daseinsfürsorge nicht mehr befriedigen. Die Eigensphäre des Einzelnen werde auch durch die soziale Tätigkeit des Staates in Mitleidenschaft gezogen.

Auch die österreichischen Autoren haben eine umfassende Geltung des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes durchweg befürwortet. Sie sehen sich dazu vornehmlich veranlaßt durch Art. 18 Abs. 1 des Bundesverfassungsgesetzes, wonach die gesamte staatliche Verwaltung ausdrücklich nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden darf. Antonioli ⁴⁾ nennt die Vorschrift einen Fundamentalsatz der

1) KRÜGER, Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, DVBl. 55, 450 ff; In DÖV 56, 554 stellt K. dagegen fest, daß für begünstigende Verwaltungsakte der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit nach allgemeiner Auffassung nicht gelte.

2) Das Gesetz als Garantie, S. 41

3) Der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung, a.a.O., S. 130

4) Allgem. Verwaltungsrecht, S. 104

österreichischen Rechtsordnung. Die Verwaltung dürfe nur auf Grund eines formalen Gesetzes handeln ¹⁾. Nicht notwendig sei es aber, daß die Verwaltungsmaßnahme sich unmittelbar auf ein Gesetz stütze, wenn sie sich nur mittelbar auf ein Gesetz zurückführen lasse (mittelbare Gesetzmäßigkeit).

Von anderen Voraussetzungen her kommen zu demselben Ergebnis die Vertreter der Wiener Schule, Merkl und Kelsen. Unter der Herrschaft des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes schaffe nur ein Gesetzesrechtssatz die Möglichkeit, die Verwaltungshandlung als solche zu erkennen und dem Staate zuzurechnen ²⁾. Das so verstandene Prinzip der Gesetzmäßigkeit emanzipiere sich völlig vom Inhalt der Verwaltungshandlungen und fordere für sie lediglich um ihres Charakters als Verwaltungshandlungen willen eine formell-gesetzliche Grundlage. Erst diesen Grundsatz könne man mit Recht den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nennen, denn erst er mache das formelle Gesetz zur Bedingung jeder einzelnen Verwaltungshandlung und damit der ganzen Verwaltung. Kelsens vom Rechtspositivismus her verständliche Auffassung gründet auf der Identifizierung von Recht und Staat. Um überhaupt einen Rechtsbegriff der Verwaltung konstituieren zu können, muß man die Beziehung der Staatstätigkeit zur Rechtsordnung (und damit zum Rechtssatz) herstellen ³⁾. Eine dem Staate zurechenbare Tätigkeit ist notwendigerweise Realisierung irgendwelcher Rechtssätze. Nach Kelsen ist die Gesetz- (im Sinne von Rechtssatz)mäßigkeit der Verwaltung kein Postulat ⁴⁾, das sich infolge des Widerstan-

-
- 1) So auch HERRNRITT, Grundlehren des Verwaltungsrechts, S. 23
 - 2) MERKL, Allgem. Verwaltungsrecht, S. 167; ähnlich wie MERKL, auf den er sich beruft, argumentiert auch SPANNER, DÖV, 57, 641
 - 3) KELSEN, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 495
 - 4) So z.B. ROSS, a.a.O., S. 135

standes des Faktischen vielleicht nie voll verwirklichen läßt, sondern die Einsicht, daß die gesamte Verwaltung Ausdruck staatlichen Handelns ist, das nur dann als rechtserheblich bezeichnet werden kann, wenn es Rechtssätze verwirklicht.¹⁾ Rechtlich unqualifiziert und irrelevant wäre es danach, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu begreifen als die Staatstätigkeit, die sich innerhalb der Schranken der Gesetze, d.h. ohne Verletzung der Gesetze vollzieht²⁾.

An die von Kelsen und Merkl verworfene Differenzierung des Gesetzmäßigkeitsbegriffs knüpft Wolff³⁾ an. Für ihn bedeutet Gesetzmäßigkeit der Verwaltung,

1. daß von ihr gesetzte abstrakte Rechtssätze, sofern sie einem höherrangigen Rechtssatz widersprechen oder daß konkrete Staatsakte, sofern sie im Widerspruch zu einem gültigen Rechtssatz stehen, ungültig sind (negative Gesetzmäßigkeit). Sie gilt für die gewährende Verwaltung allein;
2. daß alle Verwaltungsmaßnahmen unmittelbar oder mittelbar formell-gesetzlicher oder gewohnheitsrechtlicher Ermächtigung bedürfen (positive Gesetzmäßigkeit). Sie gilt für die Eingriffe der Verwaltungsbehörden in die Rechts- und Freiheitssphäre des Einzelnen, wenn sie zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen verpflichten. Die gesetzliche Ermächtigung kann auch in einer Generalklausel erteilt sein⁴⁾. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung hat sich mit dem Geltungsumfang des Gesetzmäßigkeits-

1) KELSEN, a.a.O., S. 511

2) KELSEN, a.a.O., S. 495; ähnlich MERKL, S. 166

3) VR § 30, S. 125 ff.

4) Unausgesprochen findet sich die Unterscheidung in positive und negative Gesetzmäßigkeit auch bei ULE, Verhältnis von Verwaltungsstaat und Rechtsstaat, a.a.O.,; vgl. auch Begr. zu Art. 64, WUEVRO

grundsatzes nur das Bundesverwaltungsgericht eingehender be -
faßt ¹⁾. Nach Auffassung des Gerichts bedarf eine an Recht und
Gesetz gebundene Verwaltung für geldliche Zuwendung an Private ²⁾
nicht unter allen Umständen einer gesetzlichen Grundlage. Die
Auslegung des in Art. 20 Abs. 3 GG verwendeten Gesetzesbegriffs
im Sinne einer auch für die gewährende Verwaltung unanfechtbaren
Grundlage rechtsstaatlicher Verwaltung sei nicht zwingend. Neben
dem förmlichen Gesetz könne auch jede parlamentarische Willens-
äußerung das Verwaltungshandeln hinreichend legitimieren. Die
Weite einer solchen Ermächtigung werde begrenzt durch die Ziel-
setzung der damit verfolgten öffentlichen Aufgaben ³⁾.

e) Kritik.

Die Analyse der verschiedenen dargelegten Auffassungen erweist
jede der dargelegten Ansichten als immanent folgerichtig. Sie

-
- 1) BVerwG E 6, 287/88; das BVerfG (E 8,167) hat lediglich entschieden, daß der Gesetzesvorbehalt nicht für die Zuständigkeit und das Verfahren der leistungsgewährenden Verwaltung gelte. Die im 6. Bde. S. 287 f. vertretene Auffassung hat das BVerwG auch in der in DÖV 59, 706 ff. veröffentlichten Entscheidung beibehalten: "Der erkennende Senat hat bereits entschieden, daß es zur Begründung eines Subventionsanspruchs einer gesetzlichen Grundlage nicht bedarf, sofern es sich nicht um Vergünstigungen handelt, die in untrennbarer Wechselbeziehung zu der Auferlegung von Belastungen (Ausgleichsabgaben) stehen."
 - 2) In dem dem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalt ging es um die Subventionierung von Ölmühlen
 - 3) Das Gericht hatte keinen Anlaß, die Frage des Geltungsumfangs abschließend zu klären. Auch das Urt. des BVerwG vom 23. 7. 58, NJW 58, 2129, hat sie offengelassen, aber angedeutet, daß eine haushaltsgesetzliche Ermächtigung genüge, vgl. WITTEN, Subvention in der Rechtsprechung, DVBL. 58, 699

divergieren nur, weil die Prämissen verschieden sind ¹⁾.

1. Die heute überwiegende Auffassung, derzufolge nur belastende Eingriffe in die persönliche Rechts- und Freiheitssphäre formell gesetzlich begründet sein müssen, ist die rechtsstaatliche Auffassung des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes ²⁾. In der Beziehung zwischen Staat und Bürger begünstigt sie einseitig die objektive Rechtsstellung des Bürgers. Das hat seinen Grund in der soziologischen Situation des liberalen Rechtsstaates: Der Einzelne war Glied einer autonomen, innerlich homogenen und autarken Gesellschaft. Seine prinzipiell nicht einschränkbare Freiheitssphäre durfte, soweit überhaupt bloß korrigierende staatliche Reparaturmaßnahmen als zulässig erachtet wurden, nur auf jederzeit nachprüfbarer und berechenbarer Grundlage, eben durch formelle Gesetze, begrenzt werden ³⁾.

Die veränderten soziologischen Verhältnisse des Industriezeitalters haben zur wechselseitigen Durchdringung von Staat und Gesellschaft geführt. Sie hat das Vorstellungsbild der beiden gegeneinander abgegrenzten Einflußsphären von Grund auf beseitigt. Das Angewiesensein des Einzelnen auf staatliche Hilfe zur Daseinsbewältigung auf der einen und die staatliche Begünstigung der Teilnahme des Einzelnen an der gemeinsamen Aufgabe der Daseinsgestaltung auf der anderen Seite haben die heute vielfach gleichgerichteten Interessen immer mehr ineinander verwoben, so daß auch die Rechtssphären nicht mehr wie im liberalen Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts klar gegeneinander abzugrenzen sind. Neben das Freiheitsinteresse tritt das Teilhabeinteresse. Aus

1) Zutreffend ROOS, Der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung, a.a.O., S. 120

2) Gesetzmäßigkeit i.e.S., THOMA, Der Vorbehalt der Legislative, Handb. des Deutsch. StR II, S. 277 f.

3) Auf den ursprünglichen Zusammenhang des so verstandenen Gesetzmäßigkeitsprinzips mit dem strafrechtlichen Grundsatz "nulla poena sine lege", hat zu Recht ROOS, a.a.O., S. 122, hingewiesen

diesem Grunde bedarf die einseitige Deutung des Gesetzmäßigkeitsprinzips durch die herrschende Meinung einer Überprüfung.

2. Diesem Bedürfnis kommt entgegen die der rechtsstaatlichen Deutung gegenüberstehende demokratische Auffassung des Gesetzmäßigkeitsprinzips (Gesetzmäßigkeit im weiteren Sinne) ¹⁾.

Nach ihr ist die gesamte Verwaltung der Herrschaft des Gesetzes unterstellt, weil sich in ihm der Wille des Volkes verkörpert. Das Gesetz ist Ausdruck der Ermächtigung durch die Repräsentanten der Gesellschaft. Gerade im Sozialstaat gilt deshalb nach der demokratischen Auffassung das Gebot der Gesetzmäßigkeit auch für die leistende Verwaltung in uneingeschränktem Umfang: Das Gesetz integriert den bürgerlichen und staatlichen Rechtskreis, indem es die den Staat repräsentierende öffentliche Verwaltung ermächtigt, durch verbindliche hoheitliche Maßnahmen in die Einflußsphäre der Zivilpersonen einzudringen.

3. Abgesehen von dem spezifischen liberal-rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff beruht überdies der konventionelle Gesetzmäßigkeitsgrundsatz auf dem Postulat der persönlichen Freiheit. Weil der Rechtswert der persönlichen Freiheit ergänzender Maßstab der in der Sozialstaatsklausel enthaltenen politischen und rechtprinzipiellen Interessenbeurteilung ist, gilt für die Eingriffsverwaltung auch im Sozialstaat das Gebot, daß jeder belastende hoheitliche Akt in einem formellen Gesetz gründen muß.

Eben das Postulat der persönlichen Freiheit intendiert jedoch die Forderung, daß auch die hoheitlichen Akte der Leistungsgewährenden Verwaltung ihre Stütze im Gesetz finden müssen (positive Gesetzmäßigkeit) ²⁾.

1) ROOS, a.a.O., S. 121

2) RUPP, DVBl. 59, 81 ff; IMBODEN, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, S. 74 f.

aa) Auch im modernen Versorgungsstaat sind die Gesetze echte "Schranke des Dürfens": Die Freiheit ist heute mehr durch Bereitstellen von Wohltaten denn durch Belastungen bedroht. Im Grunde geht es darum, den Rückfall in das Objekt-Subjektsverhältnis zwischen dem Staat und dem Einzelnen zu verhindern. Es ist das legitime Anliegen des Einzelnen, die in der Abhängigkeit und dem Ausgeliefertsein liegende Unfreiheit dadurch zu beseitigen, daß seine Beziehungen zum Staat gesetzlich fixiert werden. Es wäre darum schlechthin unzulässig, wollte man die Bindungen der Verwaltung dadurch umgehen, daß man ein zwischen ihr und dem Einzelnen bestehendes Unterwerfungsverhältnis besonderer Art ¹⁾ konstruiert, in dessen Rahmen sich die Verwaltung dem Postulat einer gesetzlichen Ermächtigung für ihr Tun rechtmäßigerweise entziehen könnte. Der Satz "volenti non fit injuria" ist insoweit eingeschränkt ²⁾. Auch die Rechtsfigur des besonderen Gewaltverhältnisses versagt, weil ein besonderes Gewaltverhältnis richtiger Ansicht nach begrifflich die Begründung eines öffentlich-rechtlichen persönlichen Sonderstatus voraussetzt. Die Leistungsbeziehungen zwischen der öffentlichen Verwaltung und dem Einzelnen lassen jedoch dessen allgemeinen persönlichen Status unangetastet und schränken auch dessen Ausübbarkeit nicht ein, weil sie ein bloßes Obligationsverhältnis begründen ³⁾.

1) KÖTTGEN, DVBl. 53, 488, 490

2) Zur Begründung vgl. NELSON, System, S. 109: Der Verzicht des Einzelnen auf die Gesetzlichkeit ist nicht mehr Ausdruck des überwiegenden Interesses (persönl. Freiheit) und damit nicht rechtlich, weil der Einzelne, wenn er verzichtet, einem "praktischen Irrtum" unterliegt. Richtig auch Neumann, Wirtschaftslenkende Verwaltung, S. 39, Anm. 28; vgl. auch KRÜGER, DVBl. 55, 453

3) OBERMAYER, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, S. 35, zustimmend BACHOF, Bespr. der Schrift inAÖR 82 (1957), S. 147, HENZE, Finanzhilfe, S. 108, KÖTTGEN, RSTW Bd. IV S. 237, WOLFF, VR I, 2. Aufl. § 32 IV c 3

bb) Es wäre indessen zu einseitig, wollte man das Gesetz nur als Schranke des Dürfens ansehen. In nicht geringem Maße ist nämlich der Expansionsdrang der Wohltaten gewährenden Verwaltung auf das Verhalten des Staatsbürgers selbst zurückzuführen, der dem Staat in zunehmendem Umfang als Fordernder gegenübertritt. Indem der Einzelne Leistungen der verschiedensten Art begehrt, versucht er, die allgemeinen Lebensrisiken auf die Allgemeinheit und zuletzt auf den Staat abzuwälzen. Dieser Tatbestand weist dem Gesetz eine weitere Funktion zu: Es ist Schranke des M ü s s e n s ¹⁾. Dem fordernden Bürger steht eine defensive Verwaltung gegenüber, die nur solche Leistungen gewährt, zu deren Erbringung sie gesetzlich verpflichtet ist. Beide Gesetzesfunktionen umfaßt die positive Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.

Oft wird sich allerdings die positive Gesetzmäßigkeit als eine auf dem Postulat der persönlichen Freiheit beruhende rechtlich-politische Forderung erweisen, die sich wegen der Dynamik der Lebenssachverhalte und der Aktualität der Versorgungsbedürfnisse nicht erfüllen läßt ²⁾.

f) Das veränderte Verständnis des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes.

Der Rechtsgrundsatz der Gesetzmäßigkeit kann dann, wenn die sozialen Interessenlagen eine rechtsatzmäßige Konkretisierung der staatlichen Leistungen verhindern, gewonnen werden aus einer neuen Deutung des materiellen Gesetzesbegriffs. Er kann aber

1) MENDER, DÖV 55, 587 ff., DVBl. 60, 301, KOLLMANN DÖV 55, 45 ff., BVerwG NJW 58, 2129

2) ROOS, Der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung S. 135, für das Subventionsrecht bezweifelt HENZE, Finanzhilfe, S. 108, die Notwendigkeit einer normativen Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen, dagegen STERN, JZ 60, 525

auch sachlich identisch sein mit dem Prinzip der negativen Gesetzmäßigkeit. Inhaltlich sind an die negative Gesetzmäßigkeit solche Anforderungen zu stellen, daß sie die Schrankenfunktion der positiven Gesetzmäßigkeit übernehmen kann. Die negative Gesetzmäßigkeit tritt an die Stelle der Forderung nach positiver gesetzlicher Grundlage überall dort und in dem Maße, in dem sich die leistende Verwaltung vom Rechtssatz kraft faktischer Notwendigkeit gelöst hat.

1. Der Begriff des Gesetzes ist kein allgemeingültiger und apriorischer Rechtsbegriff, sondern ein von bestimmten politisch-soziologischen und verfassungsrechtlichen Tatbeständen abhängiger, geschichtsbezogener und daher variabler Begriff ¹⁾. Der Wandel der soziologischen Tatbestände indiziert auch einen Wandel des Gesetzesbegriffs ²⁾.

Der rechtsstaatliche Gesetzesbegriff des 19. Jahrhunderts wurde von Gerhard Anschütz geprägt und verfochten ³⁾. Für Anschütz waren Gesetzgebung und Rechtsetzung, materielles Gesetz und

-
- 1) E.W.BÖCKENFÖRDE, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S. 332; BROHM, Rechtsfragen im Bauplanungsrecht, S. 32; konstant ist aber im Gegensatz zu SCHEUNER, Ausländische Erfahrungen a.a.O., S. 135, der Begriff des Rechtssatzes, weil er ein rechtstheoretischer Begriff ist, E.W.BÖCKENFÖRDE, ebenda
 - 2) Die Anpassung von Rechtsbegriffen an die veränderte Rechtswirklichkeit ist immer dann zulässig, wenn diese Begriffe, wie der Gesetzesbegriff, historisch begründet sind, NEUMANN, Wirtschaftslenkende Verwaltung, S. 49
 - 3) Niedergeschlagen hat er sich zuerst in der Abhandlung "Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verwaltungsrechts nach preuss. Staatsrecht, 2. Auflage, Tübingen und Leipzig 1901

Rechtssatz gleichbedeutend ¹⁾. Weil es das Wesen jeder Rechtsnorm sei, daß sie die Rechtssphäre der Privatperson nicht nur berühre, sondern beschränke, ist definierendes Kriterium des Gesetzes der Eingriff in Freiheit und Eigentum des Staatsbürgers ²⁾. Notwendige Folge daraus war, daß der Eingriff in die individuelle Freiheitssphäre immer eines förmlichen Gesetzes bedurfte ³⁾. Dieser Gesetzesbegriff setzte indes einen heute nicht mehr vorhandenen soziologischen Tatbestand voraus, die Autonomie der Gesellschaft ⁴⁾. Mit dem Wegfall dieser Voraussetzung änderte sich der innere Gehalt des Gesetzesbegriffs ⁵⁾. Das Gesetz hat nicht mehr primär die Funktion, die vielfach ineinander verhafteten Rechtskreise des Staates und des Einzelnen gegeneinander abzugrenzen ⁶⁾, sondern ihm kommt in erster Linie die Aufgabe zu, die Sozialabläufe (präventiv) zu gestalten oder (repressiv) zu korrigieren, indem es die im Spiele befindlichen Einzelinteressen untereinander und mit dem öffentlichen Interesse in Einklang bringt ⁷⁾. Der Funktionswandel des Gesetzes indiziert die Möglichkeit und Notwendigkeit, sich auf das Wesen des Gesetzes als einer allgemeinen Verhaltensnorm

1) E.W. BÖCKENFÖRDE, a.a.O., S. 272

2) E.W. BÖCKENFÖRDE, a.a.O., S. 272 f.

3) Zutreffend KÄGI, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung, S. 23, die liberale Demokratie kennzeichne eine möglichst umfassende Normativität

4) FORSTHOFF, Anm. zum Urt. des BVerwG vom 24.10.56, DVBl. 57, 724; H.HUBER, Niedergang des Rechts, S. 75

5) H.HUBER, a.a.O.; "Der moderne Wohlfahrtsstaat scheint mit dem herkömmlichen Gesetzesbegriff nicht auszukommen"

6) H. HUBER, a.a.O., S. 76

7) FORSTHOFF, DVBl. 57, 724 ff.; zutreffend weist auch LEGAZ Y LACAMBRA, ARSPH Bd. XLI (1954) 163 auf die veränderte Funktion des Rechts hin. Das Recht kann nicht mehr (nur) als Grenze und Garantie der Grenze erscheinen, es ist nicht mehr reine Ordnung der Freiheit.

wiederzubesinnen ¹⁾ und sich zugleich von geschichtlich begründeten, deshalb aber oft unrichtigen oder doch nicht mehr richtigen Vorstellungen zu befreien. Die entsprechend dem Verlust der gesellschaftlichen Autarkie wachsende Zahl der regelungsbedürftigen soziologischen Sachverhalte zwingt, will man den Gesetzgeber nicht überfordern, dazu, mit dem Begriff des Gesetzes die Qualität des Grundlegenden, Dauerhaften und Gerechten zu verbinden ²⁾. Mit diesem Kriterium war noch der Gesetzesbegriff des 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts ausgezeichnet, ehe liberal-rechtsstaatliche Vorstellungen ihn konstitutionell verengten ³⁾. Dieses Merkmal erscheint in der Tat als eine der wenigen wirklichen Hilfen gegen die drohende Verflüchtigung der Idee des materiellen Rechtsstaats als eines Gerechtigkeitsstaats. Eines einer elementaren Gebote ist eben die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, d.h. die Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit rechtlicher Einzelentscheidungen als Durchsetzung der wertvolleren Interessen ⁴⁾. Sie ist aber durch die vielfach am Einzelfall ausgerichteten Gesetze der gewährenden Verwaltung nicht sichergestellt. Situationsgesetze sind deshalb für das am Operationsziel ausgerichtete rechtsanwendende Organ kein endgültiger Wertungsindex, sondern nur Werkzeug zur Lösung sozialer Konflikte ⁵⁾. Gesetz ist eben nicht schon jede generelle und abstrakte, sondern nur die mit rechtsgrundsätzlichem Gehalt ausgestattete Vorschrift (Rechtsnorm) ⁶⁾⁷⁾. Nur auf solche Gesetze kann sich

1) IMBODEN, Das Gesetz als Garantie, S. 39

2) H. HUBER, Niedergang des Rechts, S. 74; auf den Dauercharakter hebt auch KLEIN, Die Übertragung rechtsetzender Gewalt, S. 28, ab.

3) SCHEUNER, Ausländische Erfahrungen, S. 138

4) HAUG, Verfassungsrevision, S. 132

5) ESSER, Grundsatz und Norm, S. 285

6) IMBODEN, Das Gesetz als Garantie, S. 39

7) MENDER, VVDStRL 15, S. 5

auch die Forderung der Gesetzmäßigkeit im Grunde beziehen, weil das durch sie ausgesprochene rechtsprinzipielle Gebot andernfalls keine Chance auf durchgängige Beachtung hat. Letztlich aber hängt die Antwort auf die Frage nach dem staatsrechtlichen und verfassungstheoretischen Charakter des Rechtssatzes, seiner Geltungskraft und seinem Geltungsumfang in der Verwaltung ab von der Vorstellung, die man vom Wesen des Staates hat ¹⁾. Ist der Staat ein dem vitalen Organismus vergleichbares Gebilde des sozialen Lebens, so sind Gesetze nur da erforderlich, wo es aus rechtsprinzipiellen Überlegungen heraus notwendig ist, der Initiative des Gemeinwesens Grenzen zu setzen. Nimmt man hingegen an, daß der Staat nur da existiert, wo eine Verfassung und Gesetze vorhanden sind, die ihn ins Leben gerufen haben und am Leben erhalten, so hätte das für den Gesetzesbegriff und den Geltungsumfang des Gesetzes (der dann umfassend ist) ganz andere Folgen. Die Frage nach dem Grundverständnis des Staates, die in die Tiefen der allgemeinen Staatslehre führt, muß hier jedoch auf sich beruhen.

2. Daß im übrigen die Verwaltung ungeachtet ihrer Bindung an das Gesetz eigene selbständige Aufgaben zu erfüllen hat, war schon die Auffassung Lorenz und Steins. Die Verwaltung könne ihren wahren Aufgaben nicht durch einen mechanischen Dienst gegenüber dem Gesetz genügen ²⁾. Sie müsse, weil sie die tragende Staatsidee unter den stets wandelbaren örtlichen und zeitlichen Verhältnissen zu verwirklichen habe, das Gesetz ständig ersetzen, über dasselbe hinausgehen und es breiter auffassen als die Gesetzgebung selbst. Die Vorstellung von der Unterordnung der

1) E.W. BÖCKENFÖRDE, a.a.O., S. 333;
KRÜGER, DVBl. 55, 450 ff.

2) Verwaltungslehre I (1865), S. 31; auf die Antagonie von Recht und Verwaltung weist auch COING, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 27, hin

Vollziehung unter das Gesetz sei daher eine zwar formell konsequente, aber einseitige Vorstellung ¹⁾.

Zu Recht ist mehrfach auf die Zeitbedingtheit und die besonderen theoretischen Voraussetzungen der Steinschen Konzeption hingewiesen worden ²⁾. Diese Einsicht bewahrt vor einem unkritischen Rückgriff auf seine Gedanken. Sie sind aber angesichts der Tatsache, daß weite Bereiche der leistenden, besonders der Daseinsvorsorgeverwaltung sich von der Herrschaft des Gesetzes gelöst haben, Anlaß genug, um das Verhältnis von Gesetz und Verwaltung erneut zu durchdenken ³⁾. Die Verwirklichung der staatstragenden (rechtlich-politischen) Ideen obliegt heute notwendigerweise weit mehr der Verwaltung als der Gesetzgebung. Das ist unbestreitbar. Die Initiative zur Sozialgestaltung geht in großem Umfange nicht von der Gesetzgebung, sondern von der Verwaltung aus ⁴⁾. Die Gesetzgebung kann sie zwar dadurch an sich ziehen, daß sie (präventiv) weitgefaßte Ermächtigungsklauseln bereitstellt oder die sozialgestaltenden Verwaltungsmassnahmen (reaktiv) durch Gesetze sanktioniert ⁵⁾, und

1) A.a.O. und 3. Aufl., 1888, S. 101

2) FORSTHOFF, Rechtsfragen, S. 47 f; E.W. BÖCKENFÖRDE, a.a.O., S. 145 ff; WOLFF, VR I, § 17 IV, S. 61

3) Vgl. z.B. § 6 Energiewirtschaftsgesetz vom 13.12.1953 (RGBl. I, S. 1451), in dem die Versorgungspflicht nicht ausgesprochen, sondern vorausgesetzt wird.

4) Insoweit zutreffend FORSTHOFF, Verwaltung als Leistungsträger, S. 15; Lehrbuch, § 4 S. 67 und "Die Daseinsvorsorge und die Kommunen", S. 9; Neumann, Wirtschaftslenkende Verwaltung, S. 17

5) Der Gesetzgeber handelt ungleich häufiger reaktiv, weil er von einem permanenten Sog gewaltiger, kollektiver Bedürfnisse und Mangellagen gesteuert wird, MAIWALD, ARSPH XL (1952/53), S. 55 ff; KERN, Aspekte des Verwaltungsrechts, Festschrift für C. SCHMITT, S. 93

so Ermächtigung und Verpflichtung zu weiteren Leistungen begründet. Aber auch das kann sie um so weniger, je mehr das gesetzte Recht rechtsprinzipieller Erwägungen entbehrt und Ausdruck bloß rechtspolitischer oder rechtstechnischer (-organisatorischer) Überlegungen ist. Darum wird die wachsende Eigenständigkeit der Verwaltungsfunktionen auch nicht durch die geradezu unübersehbare Fülle der Leistungsverwaltungsgesetze beseitigt, von denen ein großer Teil zuständigkeitsbegründenden Charakter trägt ¹⁾. Sie gründet gerade in dem Mangel an rechtsgrundsätzlichem Gehalt der Einzelrechtssätze ²⁾. Das Fehlen rechtsprinzipieller gesetzgeberischer Wertungen im Einzelrechtssatz kann nur ersetzt werden durch eine an den sie tragenden Grundprinzipien orientierte Leistungsverwaltung. Die durch die dynamischen soziologischen Sachverhalte verursachte Unfähigkeit des Gesetzgebers, der sich in der Regel mit nur allzu leicht in die Sphäre des Politischen abgleitenden globalen Zielsetzungen begnügen muß ³⁾, legitimiert die leistende Verwaltung zur eigenverantwortlichen Sozialgestaltung.

aa) Das im Sozialstaat veränderte Verhältnis von Gesetzgebung (und Gesetz) und Verwaltung hat man letzthin mit dem Schlagwort "Verwaltungsstaat" zu erfassen versucht ⁴⁾. Es bezeichnet

1) Vgl. W.WEBER, Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem, Festschrift für C. SCHMITT, S. 262

2) So wertet zutreffend IMBODEN, Das Gesetz als Garantie, S. 39, die Parallelerscheinung im schweizer Recht; KÄGI, a.a.O., S. 23

3) KÄGI, Die Verfassung, a.a.O., S. 23

4) PETERS, Der Kampf um den Verwaltungsstaat, Festschr. für LAFORET, S. 19 ff; Der Begriff selbst wurde zuerst von C.SCHMITT, Legalität und Legitimität, S. 266, geprägt. PETERS hat ihn weiterentwickelt; W.WEBER, Spannungen und Kräfte, 2. Aufl., S. 147

eben jene Erscheinung, daß der Gesetzgeber sich nach den Bedürfnissen der Verwaltung ausrichtet. Der Gesetzgeber liefert nicht mehr selbst die großen sozial-, wirtschafts-, kulturpolitischen Richtlinien, sondern gibt der Verwaltung die aus formalrechtlichen Gründen notwendigen Ermächtigungen und greift dabei so stark in technische Einzelheiten regelnd ein, daß seine Tätigkeit nur noch formal Gesetzgebung ist ¹⁾. So nimmt der Sache nach sogar der Gesetzgeber selbst Verwaltungsaufgaben wahr. Zwar gibt es auch im Sozialstaat noch eine Reihe von Rechtssätzen mit rechtsgrundsätzlichem Gehalt. Daß aber die Eigengesetzlichkeit der Verwaltung als eines gesellschaftlichen Gebildes und ihre Legitimation zur Sozialgestaltung auf Kosten einer mehr repressiven, reparierenden Gesetzgebungstätigkeit stark in den Vordergrund getreten ist, ist eine durchaus zutreffende Beobachtung ^{2) 3)}. Uhle ⁴⁾ hat mit Recht einen rechtlichen und einen

-
- 1) Vgl. W. WEBER, Die Teilung der Gewalten, a.a.O., S. 262; H. PETERS, a.a.O., S. 27; SCHEUNER, Grundfragen des modernen Staates, a.a.O., S. 152
 - 2) KÄGI, Die Verfassung, S. 148; spricht von einem Abbau des Normativen; vgl. H. HUBER, Niedergang des Rechts, S. 79: "Situationsrecht"; JAHRREISS, Die Wesensverschiedenheit der Akte des Herrschens, Festschrift für NAWIASKY, S. 119 ff: "Eintagsgesetze"; vgl. GEHLEN, Soziolog. Voraussetzungen, a.a.O.: "Vorsprungszeit der Notstände"; allgemein: WERNER, DVBl. 59, 528
 - 3) KÖTTGEN, DVBl. 57, 441, meint zwar zu Recht, das schrumpfende Ermessensspielräume ein Charakteristikum der Sozialverwaltung seien, so auch WERNER, DVBl. 59, 528. Das ändert aber nichts daran, daß der Gesetzgeber sich in der Regel reaktiv verhält.
 - 4) ULE, Über das Verhältnis von Verwaltungsstaat und Rechtsstaat, a.a.O., S. 134

soziologischen Begriff des Verwaltungsstaats unterschieden. Soweit der Begriff des Verwaltungsstaats als dem Wechsel der Staats- und Regierungsformen gegenüber konstant gedacht wird und deshalb eine Realität der sozialen Wirklichkeit, nämlich die Verlagerung des Schwergewichts der staatlichen Tätigkeit in die Verwaltung, bezeichnet, ist er ein soziologischer Begriff, aus dem Folgerungen für das rechtliche Verhältnis von Gesetz und Verwaltung allenfalls mittelbar herzuleiten sind. Als rechtlich qualifiziert ist der Begriff erst anzusehen, wenn er nicht an die bloß quantitative Ausdehnung der Verwaltung - notwendige Folge des Wandels der Staatsfunktionen -, sondern an das qualitative Verhältnis zur Gesetzgebung und Rechtsprechung anknüpft ¹⁾. Dann wäre Verwaltungsstaat der Staat, in dem die gesamte Staatsgewalt, die Gesetzgebung, Rechtsprechung und Vollziehung von den Trägern öffentlicher Verwaltung wahrgenommen wird. Daß es einen solchen Staat unter der Geltung des gegenwärtigen Verfassungsrechts nicht geben kann, bedarf keiner Ausführungen. Der Rechtsbegriff des Verwaltungsstaats gibt daher über das rechtliche Verhältnis von Gesetz und Verwaltung keinen Aufschluß. Der soziologische Begriff des Verwaltungsstaats ist nur mittelbar als Substrat rechtlicher Erkenntnisse von Bedeutung. Eine rechtliche Lösung weist er selbst nicht auf.

bb) Rechtserhebliche Einsichten kann indessen eine andere Erscheinung der modernen Verwaltungsrechtswissenschaft, das Maßnahmegesetz ²⁾, vermitteln. Mit dem Fortfall der Autonomie der Gesellschaft entfiel auch die Voraussetzung, unter der der Staat die Gesellschaftstätigkeit sich selbst überlassen konnte. Der Ausschluß lenkenden, planenden und fördernden Eingreifens des Staates in den sozialen Bereich ließ sich nur solange

1) ULE, a.a.O., S. 136

2) FORSTHOFF, Über Maßnahmegesetze, Gedenkschrift für W.JELLINEK, S. 221 ff.

aufrechterhalten, als die Gesellschaft sich selbst zu tragen in der Lage war ¹⁾. Die infolge des Anwachsens der Industriegesellschaft und durch zwei Kriege von Grund auf gewandelten Verhältnisse des sozialen Lebens zwingen den Staat, punktuell gestaltend in die nicht mehr intakte gesellschaftliche Ordnung einzugreifen. Das führte zu der Frage nach Möglichkeit und Zulässigkeit eines neuen, den soziologischen Tatbeständen entsprechenden Normtypus. Für ihn hat sich die Bezeichnung "Maßnahmengesetz" eingebürgert. Maßnahme-gesetze waren der rechtsstaatlichen Formtypik fremd ²⁾. Sie sind zweck- und zielabhängige, provisorische, einer bestimmten Situation unterworfenen und zu ihr in einem überschaubaren und logisch vollziehbaren Verhältnis stehende Regelungen ³⁾. Ihrem Ursprung nach sind sie gesetzgeberische Reaktionen auf die zunehmende Eigengesetzlichkeit der vorsorgenden und pflegenden Verwaltung, die sich der rechtsstaatlichen Formtypik immer mehr entzieht. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Maßnahme-gesetzes selbst wird nicht mehr in Zweifel gestellt ⁴⁾, wenn auch die an sie zu stellenden verfassungsrechtlichen Anforderungen noch Streitgegenstand sind ⁵⁾. Die verfassungsrechtlichen Anforderungen interessieren aber weniger als die Institution selbst. Daß es sie gibt, spricht zwar prima facie für eine gewollte und umfassende Bindung der Verwaltung an das Gesetz. Wie vordergründig eine solche Annahme wäre, wird indessen klar, wenn man von dem unterscheidenden Kriterium zwischen dem Gesetz und der in die Form eines Gesetzes gekleideten Maßnahme ausgeht. Begrifflich und inhaltlich sind Gesetz und Maßnahme nicht identisch.

1) BROHM, Rechtsschutz im Bauplanungsrecht, S. 65

2) BROHM, a.a.O., S. 64

3) WOLFF, VR I, § 17 IV, S. 61; FORSTHOFF, a.a.O., S. 226; MENGER, VVDStRL 15 (1957), S. 8

4) FORSTHOFF, a.a.O., S. 228

5) Vgl. VVDStRL 15 (1957), S. 3 ff.

Die Maßnahme ist schon begrifflich dem Zweck, der durch sie zu verwirklichen ist, untergeordnet, weil sie logisch von ihm abhängt. Das Gesetz ist dagegen nicht durch absolute Zweckbindung, sondern dadurch gekennzeichnet, daß es sich seinem Wesen nach auf einen Rechtsgrundsatz zurückführen läßt und daher (mittelbar) aus dem Prinzip der Rechtmäßigkeit selbst abgeleitet werden kann. Der Grad der Zweckbindung ist das unterscheidende Merkmal. Wer durch die Maßnahme ein Ziel erreichen will, braucht sich bei der Entscheidung des Interessenwiderstreits nicht vom Gebot des Gerechtigkeitsprinzips leiten zu lassen. Sein Handeln wird zwar mit dessen Forderungen idR übereinstimmen. Notwendig ist das aber nicht. Denn der mit der Maßnahme verfolgte Zweck kann dem Rechtsgesetz gegenüber Interessenmäßig indifferent sein, da er auch mit Hilfe politischer, wirtschaftlicher, ästhetischer usw. Grundwertungen in der Regel erreicht zu werden pflegt ¹⁾. Daraus ergibt sich für das Verhältnis von Gesetz (im Sinne von Rechtssatz) und Verwaltung: Die Institution des Maßnahmegesetzes spricht nicht für, sondern gegen eine Gesetzesabhängigkeit der Verwaltung ²⁾: Aus dem Rechtsprinzip gewonnene Entscheidungen konkretisieren sich nicht in Maßnahmegesetzen. Maßnahmegesetze erscheinen daher als Folge der Tatsache, daß die gegenwärtige gesellschaftliche Situation wegen der Anforderungen, die sie an den Staat stellt, eine strenge Rechtssatzgebundenheit der Verwaltung gar nicht mehr zuläßt ³⁾ ⁴⁾. Der Gesetzgeber bezweckt mit dem Erlaß von Maßnahmege-

1) MENDER, a.a.O., S. 7; C.SCHMIDT, Die Diktatur des Reichspräsidenten, VVDStRL 1, S. 97; FORSTHOFF, a.a.O., S. 226

2) FORSTHOFF, VR, § 1 S. 14: "Damit ist ihre Selbstständigkeit gegenüber dem Rechtssatz klar ersichtlich"

3) H.HUBER, Niedergang des Rechts, S. 72 f.

4) In der modernen leistenden Verwaltung tritt die Bindung an das Recht im formellen Sinne hinter die Legitimierung hoheitlicher Maßnahmen am Recht im materiellen Sinne (Gerechtigkeit) zurück.

setzen über den mit ihnen verfolgten immanenten Zweck hinaus die Bestätigung des in der liberalen Denkweise des 19. Jahrhunderts wurzelnden rechtsstaatlichen Axioms, der Gravitationspunkt des Staates liege im Gesetz ¹⁾. Daß diese Annahme unter den herrschenden soziologischen Bedingungen im Sozialstaat einem (eben nur aus dem historisch verengten Gesetzesbegriff zu erklärenden) Vorurteil gleichkommt, erweisen zwei andere Grundbegriffe des Verwaltungsrechts, der unbestimmte Gesetzesbegriff und das behördliche Ermessen, wenn man sie unter dem Aspekt des Verhältnisses von Rechtssatz und Verwaltung betrachtet.

cc) Es ist unbestreitbar, daß die Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe zumindest insofern eine Abdankung des Gesetzgebers zugunsten der Verwaltung bedeutet, als der zuständige Amtswalter als rechtsanwendende Instanz im Einzelfall nicht nur Recht anwendet, sondern auch selbst Recht setzt, wenn er es mit werterfüllungsbedürftigen und situationsgebundenen unbestimmten Gesetzesbegriffen zu tun hat ²⁾. Zwar ist die Verwaltung auch hier in gewissem Umfange an den Rechtssatz gebunden, aber lange nicht so eindeutig, wie durch klassifikatorische Begriffe ³⁾. Der Rechtssetzungsakt des Gesetzgebers trägt formalen Charakter, weil er keine Klassen, sondern die von ihm intendierten Typen beschreibt und es dem Rechtsanwender überläßt, sie den wechselnden sozialen Verhältnissen anzupassen ⁴⁾. Ule ⁵⁾ hat zugestanden, daß die starre Geltung des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes durch die Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe gelockert werde. Er hat auch

1) FORSTHOFF, Rechtsfragen, S. 47

2) ULE, a.a.O., S. 136; ders., Die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, Ged.-Schrift für W.JELLINEK, S. 309 ff.

3) WOLFF, VR I, § 31 I, S. 132, 134

4) WOLFF, Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft, Studium Generale 52, 199

5) ULE, a.a.O., S. 154

die Vereinbarkeit unbestimmter Rechtssatzbegriffe mit der rechtsstaatlichen Ordnung bezweifelt ¹⁾. Alles das ist fraglos folgerichtig, wenn man in den Zusammenhängen des konventionellen liberalen Rechtsstaats denkt. Die eigentliche Frage ist aber gerade die, ob und wie weit diese Denkweise durch die verwaltungsrelevanten Gegebenheiten des Industriestaates als überholt gelten muß. Sie wird noch dringlicher, wenn man

dd) den Begriff des freien Ermessens in Betracht zieht. Er bedeutet Freiheit der Verwaltung von rechtlicher Gebundenheit zumindest insofern, als der Gesetzgeber, wenn er freies Ermessen einräumt, nur einen Tatbestand setzt, es aber dem durch sachliche Gründe gebundenen Willen des Amtswalters überläßt, ob er überhaupt an den Tatbestand eine Rechtsfolge knüpft (Entscheidungsermessen) oder, falls eine Rechtsfolge zu setzen ist, welche von mehreren gesetzlich zulässigen er auswählt (Auswählermessen) ²⁾. Die Bindung an sachliche Entscheidungsgründe ist dabei nur eine Bindung an allgemeine Voraussetzungen bei der Ermessensentscheidung über eine Interessenkollision. An besondere Voraussetzungen ist die Verwaltungsbehörde nicht gebunden ³⁾.

ee) Den höchsten Grad der Unabhängigkeit vom Gesetz hat die öffentliche Verwaltung dann erreicht, wenn es ihr überlassen ist, nicht nur Rechtsfolgen, sondern auch Tatbestände selbst zu setzen (freigestaltende Verwaltung) ⁴⁾. Meistens ist dann die Verwaltungsbehörde auch befugt, selbst die Maßstäbe für die

1) ULE, Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, a.a.O., S. 314

2) WOLFF, VR I, § 31 II A, S. 136; ULE, a.a.O., S. 311

3) Den Begriff des freien Ermessens hat H. HUBER, Niedergang des Rechts, S. 66, als das "trojanische Pferd" des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts bezeichnet. IMBODEN, Gesetz als Garantie, S. 14, zählt ihn zu den innerlich widerspruchsvollsten und in den Konsequenzen verhängnisvollsten Elementen der modernen Verwaltungsrechtslehre

4) WOLFF, VR I, § 31 III, S. 141

Bewertung der widerstreitenden Interessen zu bestimmen. Von der Bindung an irgendeinen Rechtssatz kann hier nicht mehr gesprochen werden ¹⁾.

3. Der an mehreren Beispielen aufgewiesene Wandel des Verhältnisses von Rechtssatz und Verwaltung hat häufig die Undurchführbarkeit des Prinzips der positiven Gesetzmäßigkeit zur Folge. Aus den vorausgegangenen Erörterungen ergibt sich, welche Anforderungen an die negative Gesetzmäßigkeit zu stellen sind, damit sie mit dem Rechtsgrundsatz der Gesetzmäßigkeit übereinstimmt. Sicher enthält das Prinzip der negativen Gesetzmäßigkeit das Verbot der Rechtssatzwidrigkeit ²⁾.

Wie weit dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit Genüge geschehen ist, wenn sich die Leistungsverwaltung nur im Rahmen der Rechtsgrundsätze oder verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen hält, hängt davon ab, ob die so verstandene negative Gesetzmäßigkeit ³⁾ dem im entsprechenden Rechtsgrundsatz selbst enthaltenen Rechtswert der Rechtssicherheit kongruent ist. Kongruenz läge nur dann vor, wenn die mit Hilfe des Prinzips der negativen Gesetzmäßigkeit entschiedenen Interessenkollisionen in jedem denkbaren Fall auch der Rechtssicherheit entsprechend entschieden werden könnten. Die negative Gesetzmäßigkeit gewährleistet aber keine Berechenbarkeit der Rechtsfolgen, wenn sie nur ein Handeln im Rahmen der Rechtsgrundsätze oder verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen gebietet. Beide unterscheiden sich nämlich in der Regel inhaltlich: Rechtsgrundsätze verbieten die Verfolgung minderwertiger eigener Interessen, verfassungsgestaltende Grundentscheidungen gebieten die direkte positive Förderung objektiv wertvollerer Interessen. Dementsprechend ist auch die Rechtsstellung

1) S. Anm. 3 S. 159

2) WOLFF, VR I, § 30 I, S. 127

3) S. Anm. 2

des Interessenträgers eine verschiedene. Ein subjektives öffentliches Recht des Einzelnen auf Leistung kommt überhaupt nur bei einem Förderungsgebot in Betracht, wogegen das Verzichtsgesuch einen Rechtsreflex erzeugt oder allenfalls einen öffentlich-rechtlichen Abwehranspruch gewährt. Der vom Gesetzmäßigkeitsgrundsatz geforderten Rechtssicherheit ist auch nicht genügt, wenn sich die Behörden der öffentlichen Leistungsverwaltung nur im Rahmen der Verfassung halten. Der Verfassungsrechtssatz kann die Positivierung eines (allgemeinen oder besonderen) Rechtsgrundsatzes oder einer vornehmlich auf politischen Grundwertungen beruhenden verfassungsgestaltenden Grundentscheidung sein. Daher muß sich die Verwaltungsentscheidung in jedem einzelnen Falle auf einen bestimmten Rechtsgrundsatz oder eine verfassungsgestaltende Grundentscheidung, d.h. auf ein bestimmtes Grundprinzip, zurückführen lassen, und darf nicht bloß mit der Gesamtheit der Prinzipien in Einklang stehen ¹⁾. Die angebbare Relation zu einem bestimmten Grundprinzip ist daher das Entscheidende. Nur so ist die Berechenbarkeit der Rechtsfolgen als Durchsetzung der jeweils wertvolleren Interessen, wie sie vom Rechtsgrundsatz der Gesetzmäßigkeit gefordert wird, im Rahmen des Möglichen gewährleistet.

Diese den gegenwärtigen soziologischen Tatbeständen angepaßte Deutung des Gesetzmäßigkeitsprinzips steht in Einklang mit Art. 20 Abs. 3 GG. Danach sind die vollziehende Gewalt und die

1) Richtig MAUNZ, Deutsches Staatsrecht, 7. Auflage 1958, S. 58; sachlich übereinstimmend, wenngleich nicht so bestimmt, auch MENDER, VerwArch 51 (1960) S. 154: "... wenn auch angenommenerweise die vollziehende Gewalt im Rahmen der Leistungsverwaltung keines Gesetzes bedarf, das den Fall konkret regelt, so muß ihr Handeln doch zumindest in allgemeinen Vorschriften, insbes. in den Vorschriften des GG eine Stütze finden, d.h. zumindest das GG muß diesem Handeln die notwendige gesetzliche Grundlage geben."

Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden. Das "Recht" wird dabei als die dem Gesetz gegenüber ranghöhere Rechtsquelle verstanden: "Recht" ist der Inbegriff der aus dem Rechtsprinzip unmittelbar ableitbaren Rechtsgrundsätze oder der mit ihm konsonierenden verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen ¹⁾. Wo die Verwaltung ohne Bindung an das Gesetz ²⁾ nur mit Rücksicht auf die Aktualität der sozialen Bedürfnisse durch Leistungen sozialgestaltet, muß sie an das Recht, d.h. ein bestimmtes Grundprinzip als "Auffangsnorm" gebunden sein. Das bedeutet negative Gesetzmäßigkeit (Rechtsmäßigkeit) ³⁾. Sie wird den Anforderungen an einen materiellen Rechtsstaat gerecht.

In Funktionszusammenhang mit dem Prinzip der negativen Gesetzmäßigkeit gewährleistet für mehrere interessenmäßig im wesentlichen gleiche Lebenssachverhalte der Gleichheitssatz die Rechtssicherheit in der rechtssatzfreien Leistungsverwaltung. Seine Funktion tritt besonders dort deutlich hervor, wo ein bestimmter Sachverhalt entweder den Tatbestand eines Gesetzes erfüllt oder einem Rechtsgrundsatz kongruent ist, der nicht die direkte Förderung fremder, sondern nur die Zurückstellung eigener (und damit die indirekte Förderung fremder) Interessen gebietet. In praxi tritt hier der Gleichheitssatz in der Regel an die Stelle der negativen Gesetzmäßigkeit, ohne sie in thesi zu ersetzen ⁴⁾.

1) Sachlich übereinstimmend DARMSTAEDTER, NJW 57, 769 ff; anders v. MANGOLDT-KLEIN, Komm. zum BGG, Art. 20, Anm. VI 4 f, S. 603

2) Im Sinne von Rechtsnorm

3) Vgl. hierzu ROHWER-KAHLMANN, NJW 60, 1642

4) IMBODEN, Das Gesetz als Garantie, S. 17; FRIESENHAHN, Die rechtsstaatlichen Grundlagen, a.a.O., S. 250; BVerwG NJW 58, 2129; HENZE, Finanzhilfe, S. 100

2. Zusammenfassung.

Fassen wir zusammen: Für die Deutung des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes im Sozialstaat folgt aus den angestellten Erwägungen:

1. Eingriffe in die Rechts- und Freiheitspraxis des Bürgers bedürfen nicht etwa wegen unbedingter Gesetzesabhängigkeit der Verwaltung, sondern kraft verfassungsrechtlicher Freiheitsverbürgungen (Art. 2 Abs. 1 GG) einer formell-gesetzlichen oder auch gewohnheitsrechtlichen Grundlage, wobei das Gewohnheitsrecht mit absoluter Sicherheit objektiv und jederzeit feststellbar sein muß¹⁾.

2. Das gleiche gilt für die gewährende Verwaltung, wenn sie ihre Leistungen von der Übernahme von Verpflichtungen durch den Einzelnen abhängig macht²⁾. Andernfalls wäre die leistende Verwaltung in der Lage, ihre soziale Machtstellung in der Weise (rechtsgesetzwidrig) auszunutzen, daß sie die Verteilung daseinsnotwendiger Güter mit unverhältnismäßigen und inadäquaten, d.h. innerlich zusammenhanglosen Verpflichtungen des Einzelnen konditional verknüpft³⁾.

3. Auch die bloß gewährende Verwaltung bedarf einer spezialgesetzlichen Ermächtigung zur Leistung. Denn der das Gesetzmäßigkeitsprinzip ergänzende Maßstabwert der persönlichen Freiheit gilt auch im Sozialstaat. Weil Situationsgesetze die Rechtssicherheit aber nicht gewährleisten, gebietet das Rechtsprinzip nur die Bindung an solche Gesetze, die objektiv erkennbar rechtsgrundsätzliche Wertungen enthalten (Rechtsnormen). Die gesetz-

1) Das ist der Fall, wenn es ohne Hinzutreten weiterer Bedingungen kodifizierbar ist

2) BVerwG E 6, 286 f.

3) Deshalb ist der von KRÜGER, DVBl. 55, 450 ff., gezogene Schluß a maiore ad minus unzulässig; FORSTHOFF, Die Daseinsvorsorge und die Kommunen, S. 9; WOLFF, VR I, § 24 I, S. 88

liche Grundlage übt dabei eine zweifache Funktion aus: Sie ist nicht nur

Schranke des Dürfens, sondern auch
Schranke des Müssens (positive Gesetzmäßigkeit).

Häufig erfordert die Dynamik der Lebenssachverhalte die rechts-satzfreie Sozialgestaltung. Sie ist nicht rechtswidrig, weil das Postulat der gesetzesabhängigen Verwaltung sich als ein historisches Vorurteil erweist, falls es sich auf den liberal-rechtsstaatlich verengten Gesetzesbegriff bezieht. Auch die rechtssatzfreie Sozialgestaltung untersteht jedoch dem Rechtsprinzip zufolge der negativen Gesetzmäßigkeit.

Grundvoraussetzung der negativen Gesetzmäßigkeit ist die Übereinstimmung des Verwaltungshandelns mit dem ungeschriebenen objektiven Recht, dem Verrassungsrecht und den geltenden Gesetzen. Das allein jedoch genügt dem Gesetzmäßigkeitsgrundsatz (Art. 20 Abs. 3 GG) nicht, weil er den Rechtswert der Rechtssicherheit selbst enthält und dessen Beachtung gebietet, die unterschiedlichen Gebote der Grundprinzipien die Rechtssicherheit aber nicht gewährleisten. Demzufolge muß daran, wie sich die leistende Verwaltung zu den auf dem Spiele stehenden Interessen verhält, ob sie also nur ihre Beeinträchtigung verhindert (sofern sie die höherwertigen sind) oder sie positiv fördert, zumindest objektiv erkennbar sein, dem Gebot welches bestimmten Prinzips sie Folge leistet (Rechtmäßigkeit). Negative Gesetzmäßigkeit heißt demnach nicht anderes als positive Grundprinzipgebundenheit (nicht -mäßigkeit) der leistenden Verwaltung ¹⁾.

Der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz weist nach allem die Struktur einer im Verhältnis zueinander subsidiären, jedoch ungleichwertigen Dreistufigkeit auf: Er postuliert die Bindung an einen

1) W.WEBER, DÖV 51, 509 f.

positiven Rechtssatz. Er gebietet dem Rechtsprinzip zufolge die ersatzweise Bindung an eine Rechtsnorm ("Gerechtigkeitsgesetz", positive Gesetzmäßigkeit) oder die Bezogenheit der Verwaltungsmaßnahme auf ein bestimmtes Grundprinzip der Leistungsverwaltung (Rechtmäßigkeit, negative Gesetzmäßigkeit) ¹⁾.

Fünfter Abschnitt: Die Gestaltungsprinzipien der Leistungsverwaltung.

Wenngleich die Exposition der Grundprinzipien schon systematische Unterscheidungen der leistenden Staatstätigkeit selbst hat sichtbar werden lassen, sind im folgenden des besseren Verständnisses wegen die elementaren Gestaltungsgrundsätze der öffentlichen Leistungsverwaltung wenigstens skizzenartig darzulegen. Auch die Gestaltungsgrundsätze als Prinzipien zu bezeichnen, ist unschädlich, wenn man sich dessen bewußt ist, daß es sich bei ihnen um dem Rechtsprinzip gegenüber indifferente Ordnungsgesetze sozialstaatlicher Tätigkeit handelt. Sie werden hauptsächlich dadurch gefunden, daß man von Ziel und Zweck des Verwaltungshandelns auf sie rückschließt. Freilich wird sich bei ihrer Darstellung eine Bezugnahme auf die Grundprinzipien der Leistungsverwaltung nicht immer vermeiden lassen.

§ 13: Unterscheidung nach der Leistungsform.

Der Leistungsform nach sind gemäß der im Schrifttum ²⁾ vor-

-
- 1) Mit der Gleichsetzung von "Rechtmäßigkeit" und "negative Gesetzmäßigkeit" entfällt der Einwand MENGERS, VerwArch 51 (1960) S. 154, die Meinung, die leistende Verwaltung sei an den Grundsatz der Rechtmäßigkeit gebunden, sei "unscharf".
 - 2) NAHM, Die Sozialaufgaben der öffentlichen Verwaltung, a.a.O.; Staatszeitung für Rhld.-Pfalz, Nr. 1 vom 15.1.56; BOGS, Grundfragen des Rechts der soz. Sicherheit und seiner Reform; Sozialwissenschaftliche Abhandlungen, H. 3; in: Sozialpolitik und Sozialreform, S. 227 ff.

herrschenden Einteilungen zu unterscheiden

a) das Versorgungsprinzip.

Dem Gestaltungsprinzip der Versorgung sind alle die eine Umgestaltung der Interessenlage herbeiführenden staatlichen Leistungen zugunsten der Allgemeinheit zuzuordnen.

Als Untersätze unterfallen dem Prinzip der Versorgung

1. das Vorsorgeprinzip (Sicherungsversorgung).

Es umfaßt die Leistungen, durch die präventiv eine Schadensabwehr, d.h. die Abwendung einer Gefahr der Mißachtung und Verletzung objektiv wertvollere Interessen im Unterschied zum Prinzip der Versicherung nicht innerhalb einer Gefahrengemeinschaft, sondern zugunsten der Gesamtheit der Staatsbürger bezweckt wird ¹⁾. Dem Vorsorgeprinzip entspricht die allgemeine Versorgung, die gerichtet ist auf Gewährung von Leistungen an einen unbegrenzten und unbegrenzbaren Personenkreis. Die allgemeine Versorgung selbst zerfällt in

aa) die allgemeine Versorgung, gerichtet auf Sicherung der Grundchance zur Daseinsbewältigung. Dem hier maßgeblichen Prinzip der Daseinsvorsorge als Untersatz des principium sociale zufolge räumt der Staat dem Einzelnen Rechtsansprüche auf Förderung (Subsidiaritätsprinzip) der elementaren Lebensinteressen ein. Zu den Leistungen der allgemeinen Versorgung, gerichtet auf Existenzsicherung, zählen in erster Linie ²⁾ die Versorgungseinrichtungen im engeren Sinne, insbesondere Wasser-, Gas- und

1) QUANTE, Versicherung, Versorgung, Fürsorge, S. 227 ff.

2) HAMANN, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 71

Elektrizitätswerke, Fernheizungen und die dazugehörigen Verteilungsanlagen, die Verkehrseinrichtungen, insbesondere Eisenbahn-, Straßenbahn-, Personenlinienverkehrsunternehmen, Schifffahrtswege und Häfen, Straßen und Wege u.a. (entgeltliche Sicherungsversorgung) die Einrichtungen zur Wohnraumbeschaffung, Einrichtungen zur Gesundheitsvorsorge (unentgeltliche Sicherungsversorgung). Charakteristisch für die allgemeine Versorgung im genannten Sinne ist die Nichtbeachtung der dem Prinzip der negativen Subsidiarität entsprechenden stufenweise Kompetenzübernahme durch die gesellschaftlichen Einheiten¹⁾. Der Einzelne geht um Förderung seiner Interessen nicht zuerst irgendwelche privaten, nichtstaatlichen Verbände, sondern sogleich die Gemeinde an, weil eine widerlegliche tatsächliche Vermutung dafür besteht, daß nur so die Individualinteressen der Einräumung der Grundchance ohne überwiegende Nachteile für seine objektiv vorzugswürdigen Lebensinteressen gefördert werden können. Unrichtig ist es dagegen, wenn behauptet wird, die allgemeine Versorgung kenne ein der Versicherung wesentliches Gegenseitigkeitsverhältnis nicht²⁾. Das vom Grundsatz der synallagmatischen Gegenseitigkeit geforderte Äquivalent sind hier die vom Einzelnen erbrachten Steuerleistungen³⁾, die den Staat in die Lage versetzen, Daseinsvorsorge zu betreiben. Zuzugeben ist allerdings, daß das Gegenseitigkeitsgesetz ausnahmsweise und ohne Widerspruch

1) BOGS, Grundfragen, a.a.O., S. 53; ders. DÖV 55, 621 ff.

2) BOGS, Grundfragen, S. 19

3) Steuerleistungen einerseits und Versorgungsleistungen andererseits stehen freilich nicht in einem genetischen Synallagma, weshalb ihre Beziehung zueinander dem Gedanken der echten Gegenseitigkeit nur entfernt verwandt ist.

zum Prinzip der Gerechtigkeit durchbrochen werden kann, wenn der Einzelne die staatlichen Gegenleistungsinteressen nicht berücksichtigen kann, ohne gleichzeitig seine unmittelbar auf die personale Würde bezogenen Interessen preisgeben zu müssen. Hier gebietet das Prinzip der Daseinsvorsorge, weil die von ihm angesprochenen Interessen als auf den höchsten Rechtswert, den der Würde des Menschen, bezogen die generell vorzugswürdigen sind, die Mißachtung der staatlichen Interessen an einer Gegenleistung des Bürgers.

bb) Die allgemeine Versorgung, gerichtet auf die Förderung sonstiger als förderungswürdig erkannter, aber nicht die Existenzgrenze berührender Einzelinteressen (Daseinsgestaltung). Dabei kann man unterscheiden: Die soziale Vorsorge im allgemeinen, z.B. auf dem Gebiete des öffentlichen Gesundheitswesens, der Volks- und Jugendertüchtigung, des Arbeitsschutzes, der Arbeitsbeschaffung u.ä.¹⁾, die wirtschaftliche Vorsorge allgemeiner Art, zu der zählen vornehmlich die staatlichen Zuwendungen zur Unterstützung des Wohnungs- und Siedlungswesens, die öffentliche Wirtschaftsförderung und Begünstigung wirtschaftsfördernder Einrichtungen durch Geld oder geldeswerte Leistungen (Subventionen, Kreditierung, Gewährleistungen wie die Übernahme von Bürgschaften und Garantien, die Realförderung Privater, z.B. durch Bevorzugung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge), die kulturelle Vorsorge des Staates, die umfaßt im wesentlichen die Förderung der Schulen und Einrichtungen der Kultur- und Gemeinschaftspflege (Theater, Museen, Denkmäler, Volksbüchereien usw.), die Betreuung der Wissenschaft, Kunst und Unterhaltung, der Erwachsenen- und Volksbildung, die Förderung der Heimatpflege und

1) Vgl. dazu BECKER, KKZ 57, 106 ff.

Unterstützung der Kirchen und sonstigen religiös-weltanschaulichen Gemeinschaften. Gemeinsam ist den innerhalb der allgemeinen Versorgung erbrachten staatlichen Leistungen, daß sie in der Regel präventiv auf die Abwehr von Verletzungen der objektiv höherwertigen Einzelinteressen gerichtet sind ¹⁾.

cc) Dem präventiven staatlichen Handeln ist zugeordnet eine finale Betrachtungsweise (sog. Finalprinzip). Ein nach dem Finalprinzip ausgerichtetes System staatlicher Leistungen geht aus von bestimmten typischen Standardrisiken, denen bei bestimmten soziologischen Lebenssachverhalten die Gesamtheit der Staatsbürger ausgesetzt ist und gegen die sie sich in der Regel nicht selbst schützen können ²⁾. Die Standardrisiken selbst zufallen in Grundrisiken (basic needs - existenzberührende Risiken) und Risiken der Daseinsgestaltung (existenzausfüllende Risiken). Gemäß der Verschiedenheit der Risiken sind auch die staatlichen Sicherungsvorkehrungen und Institutionen differenziert nach der Intensität der jeweiligen Interessen an der Schadensabwehr.

Vom Vorsorgeprinzip zu unterscheiden ist

2. das Entschädigungsprinzip (Ausgleichsversorgung).

Ihm unterfallen die Leistungen, durch die repressiv ein Schadensausgleich, d.h. der Ausgleich eines durch Mißachtung objektiv wertvollerer oder gleichwertiger Einzelinteressen entstandenen Nachteils, bezweckt wird.

1) LORENZ, Gesellschaft als Lebenszusammenhang, Handbuch der Soziologie, S. 371

2) MOLITOR, Kausal- und Finalprinzip, S. 245-254; vgl. auch BOGS, Grundfragen, a.a.O., S. 19 f.; QUANTE, a.a.O., S. 227 ff.

aa) Dem Entschädigungsprinzip entspricht die Sonderversorgung ¹⁾, die gerichtet ist auf Gewährung von Leistungen an einen unbegrenzten, aber begrenzbaren Personenkreis. Zu diesen öffentlich-rechtlichen Ausgleichsleistungen zählen in erster Linie Zuwendungen an die durch Krieg und Kriegsfolgen geschädigten Personen nach dem LAG, dem Bundesversorgungsgesetz, Bundesvertriebenengesetz, nach Art. 131 GG, dem Bundesentschädigungsgesetz, Kriegsgefangenenentschädigungsgesetz, Heimkehrergesetz, Bundesrückerstattungsgesetz. Quelle des Rechts der staatlichen Sonderversorgungsleistungen ist der Grundsatz der vergeltenden Gegenseitigkeit, gemäß dem in Übereinstimmung mit dem Prinzip der (ausgleichenden) Gerechtigkeit die Aufopferung objektiv hochwertiger Individualinteressen durch eine staatliche Entschädigungsleistung zu vergelten ist ²⁾.

bb) Weil die Sonderversorgungsleistungen des Staates repressiven Charakter tragen, bedient sich der Staat, wenn er sie erbringt, einer kausalen Betrachtungsweise (sog. Kausalprinzip). Ein vom Kausalprinzip getragenes Leistungssystem sucht individuelle Schäden und Notstände von Fall zu Fall auszugleichen ³⁾. Soweit die wirtschaftliche Situation des Einzelnen nicht unterhalb der als menschenwürdiges Existenzminimum verstandenen Grenze liegt, ist Maßstab für den Umfang der staatlichen

1) Zu allgemein ACHINGER, Soziale Sicherheit, S. 36, das Versorgungsprinzip setze eine Beitragspflicht des Empfängers nicht voraus. Der Beitrag ist die Aufopferung der Interessen.

2) ROHWER-KAHLMANN, Versorgungsanspruch in: Sozialreform und Sozialrecht, Festschrift f. BOGS, S. 303 ff.

3) MOLITOR, a.a.O.

Ausgleichsleistungen dem vergeltenden Gegenseitigkeitsprinzip zufolge die eigene Vorleistung des Betroffenen (Äquivalenzprinzip). Das auf das Kausalprinzip bezogene und ihm entsprechend strukturierte staatliche Leistungssystem ist rückwärts gewandt und wirkt in der Hauptsache statisch im Unterschied zum dynamisch wirkenden Finalprinzip.

b) Das Versicherungsprinzip.

Dem Gestaltungsprinzip der Versicherung sind alle die eine Umgestaltung der Interessenlage herbeiführenden Leistungen zuzuordnen, die nicht der Allgemeinheit, sondern einem begrenzten Personenkreis (Gefahrengemeinschaft) zugutekommen. Dem Versicherungsprinzip zufolge gestaltet der Staat eine Interessenlage, wenn er planmäßige Sicherheitsvorsorge betreibt, die darauf gerichtet ist, plötzlich eintretende Verluste einzelner Wirtschaften infolge Vermögensschäden aus zeitlich unerwarteten Gefahren geldmäßig zu ersetzen ¹⁾. Um dieses Ziel zu erreichen bedient er sich des Risikoausgleichs (Risikoverteilung).

Der Form der Versicherung nach zu unterscheiden ist

1. die Individualversicherung. In ihr tritt das Versicherungsprinzip am deutlichsten hervor. Die Individualversicherung bedeutet gemeinsame Selbsthilfe, die dadurch geleistet wird, daß die Gefahrengemeinschaft durch kollektive Risikoübernahme das Einzelrisiko ausgleicht ²⁾. Charakteristisch für den Gedanken der Individualversicherung ist die Äquivalenz zwischen Risiko und Beitrag (Äquivalenzprinzip) ³⁾. Die Versicherungsprämie

1) ROTHENFELSER Denkschrift, Gutachten, erst. von ACHINGER, HÖFFNER, MUTHESIUS, NEUNDÖRFER, Mai 1955, in :RICHTER, Die Sozialreform, Loseblattsammlung, Ziff. I S. 3-20

2) BOGS, DÖV 55, 621 ff; ders. Grundfragen, S. 29

3) S. Anm. 2

wird allein nach der Gefahr bemessen ohne Rücksicht auf die soziale Lage des Versicherungsnehmers. Dieser Grundsatz ist als versicherungstechnische Gerechtigkeit bezeichnet worden ¹⁾. Sofern mit versicherungstechnischer "Gerechtigkeit" nicht eine besondere Gestaltungsmaxime gemeint ist, ist das unzutreffend, wenn das Äquivalenzprinzip Untersatz des dem Rechtsgesetz gegenüber ursprünglich indifferenten Grundsatzes der synallagmatischen Gegenseitigkeit ist, es trifft in den Fällen zu, in denen Obersatz des Äquivalenzprinzips das Vergeltungsgesetz ist ²⁾;

2. die Sozialversicherung. Wie die Individualversicherung ist auch sie solidarische Selbsthilfe durch Risikoausgleich, allerdings nicht freiwillige, sondern gesetzlich erzwungene. Die Verteilung der Risiken auf die Gemeinschaft der Versicherten ist das beiden Versicherungsformen gemeinsame Merkmal ³⁾. Die Sozialversicherung ist gleichwohl eine auf dem Versicherungsprinzip beruhende eigenständige Form sozialer Sicherung ⁴⁾. Von der Individualversicherung unterscheidet sie sich dadurch, daß die vom Äquivalenzprinzip geforderte Relation zwischen Beitrag und Leistung durch den Maßstab der individuellen Leistungsfähigkeit verändert wird. Beiträge und Leistungen brauchen sich wertmäßig nicht zu entsprechen. Bestimmend ist der auf den besonderen sozialen Schutzzweck dieser Versicherungsform beruhende

1) MANES, Versicherungswesen, Bd. I (1924), S. 119

2) Welchem der Prinzipien das Äquivalenzprinzip zugeordnet ist, hängt davon ab, ob es sich um Leistungen der Individual- oder der Sozialversicherung handelt (vgl. das unterschiedliche Verhältnis von Beitrag und Leistung).

3) BOGS, a.a.O., Grundfragen, a.a.O., S. 24

4) BOGS, Grundfragen, S. 24 m. w. Nachw.

Gedanke, daß innerhalb der Risikogemeinschaft der wirtschaftlich Stärkere den wirtschaftlich Schwächeren zu unterstützen hat ¹⁾. Der Risikoausgleich wird ergänzt durch den sozialen Ausgleich. Neben dem Grundsatz der synallagmatischen Gegenseitigkeit ist dem Gestaltungsprinzip der Sozialversicherung das principium solidare als Untersatz des Sozialprinzips zugeordnet (z.B. Zuschüsse an die Versicherungsträger aus Steuermitteln).

c) Das Fürsorgeprinzip ²⁾.

Dem Gestaltungsprinzip der Fürsorge sind die eine Umgestaltung der Interessenlage herbeiführenden staatlichen Leistungen zuzuordnen, die nicht der Allgemeinheit oder einem begrenzten Personenkreis, sondern jeweils einer einzelnen Person zugute kommen. Dem Fürsorgeprinzip gemäß wird die öffentliche Leistungsverwaltung tätig, wenn sie einer individuellen Notlage durch unmittelbare, im Unterschied zur Versicherung und Versorgung nicht schematische Unterstützung begegnet. Wesentliches die öffentliche Fürsorge auszeichnendes Merkmal ist die individuelle Bedürfnisprüfung. Maßgebendes dem Fürsorgeprinzip zugeordnetes Rechtsprinzip ist die positive und negative Subsidiarität.

1. Neben der allgemeinen Fürsorge begründet § 25 Abs. 2 BVG in der Fassung vom 6. Juni 1956 und 1. Juli 1957 eine einheitliche Sonderfürsorge für solche Personen, deren Gesundheit durch Kriegseignisse im weiteren Sinne in besonders schwerem Maße betroffen ist.

1) BOGS, DÖV 55, 621 ff.

2) Vgl. KITZ, Das Fürsorgeprinzip bei der Sozialreform, Der Städtetag 54, 513 ff.

2. Nach dem Zeitpunkt des Eintritts der Fürsorge sind zu unterscheiden

- aa) repressive Fürsorge, die sich mit einem vorhandenen Notstand beschäftigt,
- bb) präventive Fürsorge, die einen drohenden Notstand zu verhindern sucht.

3. Der Art der Fürsorge nach sind zu unterscheiden
(§ 11 Reichsgrundsätze)

- aa) geldliche Hilfe. Sie ist sowohl die einmalige, aus besonderem Anlaß gegebene Unterstützung wie die in bestimmten Zeitabständen ausgezahlte, sog. laufende Unterstützung. Zur geldlichen Unterstützung gehört auch das Darlehn ¹⁾.
- bb) Hilfe durch Sachleistungen: Sachleistung ist jede in sachlichen Werten bestehende Leistung, die dem Hilfsbedürftigen zur Beschaffung oder Ergänzung des notwendigen Lebensbedarfs gewährt wird.

4. Als Formen der Fürsorge sind zu unterscheiden

- aa) die offene Fürsorge, die umfaßt die außerhalb von Anstalten und Einrichtungen durchgeführte Fürsorge,
- bb) die halboffene Fürsorge, die umfaßt die Fürsorge durch Unterbringung in Tagesheimen und Kindergärten o.ä.,
- cc) die geschlossene Fürsorge, die gewährt wird in Anstalten, Entbindungs-, Heil-, Kranken-, Pflege und sonstigen Fürsorgeanstalten.

1) MUTHESIUS, Fürsorgerecht, S. 65

Aus § 11 Abs. 1 Satz 2 Reichsgrundsätze folgt, daß die offene Fürsorge die Regel ist, während geschlossene Fürsorge nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzung in der Person des Hilfsbedürftigen gewährt werden soll ¹⁾. Innerhalb der offenen Fürsorge werden in der Regel Geldleistungen, innerhalb der geschlossenen Fürsorge in der Regel Sachleistungen gewährt ²⁾,

dd) die persönliche Fürsorge, die bedeutet die die bloße Übermittlung von Geld- oder Sachwerten übersteigende persönliche Beratung oder Vermittlung in allen Fürsorgeangelegenheiten ³⁾,

ee) die Arbeitsfürsorge, die verpflichtet zur Arbeitsbeschaffung für Hilfsbedürftige, vgl. § 7 Reichsgrundsätze.

5. Besondere Fürsorgezweige sind:

aa) Die soziale Fürsorge, deren Aufgabe es ist, die Versorgungsleistungen der Kriegsopter, die im BVG vom 20.12.1950 (BGBl. I, 791) i. d.F. des 5. Änderungsgesetzes vom 6.6.56 (BGBl. I, 469) enthalten sind, zu ergänzen. Die materiell - rechtlichen Vorschriften für den Personenkreis enthalten die §§ 29 - 32 RGrS.

bb) Fürsorge für Körperbehinderte (Gesetz über die Fürsorge für Körperbehinderte und von einer Körperbehinderung bedrohten Personen vom 27.2.1957 (BGBl. I, S. 147)).

1) MUTHESIUS, a.a.O., S. 64

2) JEHLE, Fürsorgerecht, § 11 Anm. 2

3) Beispiel: § 27 RGrS., wonach die soziale Fürsorge Kriegshinterbliebene und Kriegsbeschädigte zu beraten hat; MUTHESIUS, a.a.O., S. 67

- cc) Fürsorge für Schwerbeschädigte und ihre Familien (Schwerbeschädigtengesetz vom 16.6.1953 (BGBl. I, S. 389)).
- dd) Fürsorge für Heimkehrer (Heimkehrergesetz vom 19.6.1950 (BGBl. I, S. 271) i.d.F. vom 30.10.1951 (BGBl. I, S. 875/994) und vom 17.8.1953 (BGBl. I, S. 931)).
- ee) Fürsorge im Rahmen der Tuberkulosehilfe (Gesetz über die Tuberkulosehilfe vom 23.7.1959 (BGBl. I, S. 518)).
- ff) Fürsorge für Nichtsesshafte (Rundschr. des Bd I vom 22.7.1953 (GMBL., S. 366)).
- gg) Fürsorge für Gefährdete (insbesondere Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 23.7.1953 (BGBl. I, S. 700)).

d) Die Problematik der Gestaltungsprinzipien.

Den Ordnungsprinzipien der Versorgung, Versicherung und Fürsorge ist gemeinsam, daß sie jedes für sich allein, umfassend gedacht werden können und ursprünglich vom Gesetzgeber auch gedacht sind, weil er glaubte, mit jedem von ihnen die Lebenssicherung gewährleisten zu können ¹⁾. Die Kritik an der Unterscheidung des sozialstaatlichen Leistungssystems in Sozialversicherung, Fürsorge und Versorgung und der damit zusammenhängenden unterschiedlichen Betrachtungsweisen (Kausal- und Finalprinzip) hat in den Fällen einzusetzen, wo die diesen Prinzipien gemäße Verteilung von Lebensgütern zu Ergebnissen führt, deren Übereinstimmung mit dem Prinzip der Gerechtigkeit zweifelhaft ist. Solche Ergebnisse sind deshalb nicht vermeidbar, weil

1) ACHINGER, Soziale Sicherheit, S. 35

ein den drei Ordnungsprinzipien entsprechend strukturiertes Leistungssystem infolge des Widerstreits zwischen Leistungsur-sache und Leistungszweck die Kumulierung von Sozialleistungen in einer Person zuläßt ¹⁾. Häufig treffen beispielsweise Entschädigungsleistungen und Sozialversicherungsleistungen zusammen, weil sich der Kreis der von der Sozialversicherung erfaßten Personen infolge der sprunghaften Zunahme der abhängig beschäftigten und damit versicherungspflichtigen Personen und wegen der Tatsache, daß die Sozialversicherung sich in jüngerer Zeit auch auf bestimmte Gruppen von Selbständigen (Handwerker-versorgung) erstreckt, stark ausgeweitet hat. Die Kumulierung der Sozialleistungen stellt aber die Geltung des positiven Subsidiaritätsgrundsatzes in Frage. Da dieser für das gesamte Recht der Leistungsverwaltung als deren Grundprinzip zu beachten ist, setzt er beim Zusammentreffen mehrerer Sozialleistungen in einer Person den Maßstab für den Leistungsumfang: Maßgeblich ist der Bedarf des Einzelnen. Untere Wertgrenze für den Bedarf ist dabei die personale Würde, obere Wertgrenze und Kriterium der Leistung die Fähigkeit, eigene Interessen ohne Überwiegenden Nachteil für die Gesamtheit und deren Mitglieder selbst befriedigen zu können. Insoweit kollidiert das positive Subsidiaritätsprinzip mit dem Äquivalenzprinzip, das durch seinen Obersatz, das Prinzip der vergeltenden Gegenseitigkeit, aus dem Prinzip der Gerechtigkeit ableitbar ist. Die Lösung der Interessenkollisionen hat im Einzelfall nach dem gemeinsamen Obersatz, dem Rechtsge-setz, zu erfolgen.

1) HAASE, Die Kumulierung von Sozialleistungen in: Sozialreform und Sozialrecht, Festschrift für BOGS, S. 107 ff.

1. Das Prinzip, welches eine dem Subsidiaritätsgrundsatz (und deshalb dem Rechtsprinzip) widersprechende Kumulierung mehrerer Sozialleistungen bei einem Interessenträger korrigiert, ist das Prinzip der Vorteilsausgleichung. Als Folgeprinzip des Subsidiaritätsgesetzes stimmt es mit dem Rechtsprinzip überein, weil es aus ihm ableitbar ist. Der Struktur des Rechtsgesetzes entsprechend gebietet es, die auf Empfang staatlicher Leistungen gerichteten Einzelinteressen als die objektiv minderwertigen soweit zurückzustellen, als der Einzelne aus eigener Kraft in der Lage ist, die gängigen Lebensrisiken auszuschließen oder zu mindern. Dem Gebot des Prinzips der Vorteilsausgleichung hat der Sozialgesetzgeber praktisch dadurch Geltung verschafft, daß er in die Gesetze Anrechnungsbestimmungen eingefügt hat.¹⁾

2. Ein ähnliches, der gesamten Leistungs- (insbesondere Ausgleichs-) - verwaltung zugrunde liegendes Korrekturprinzip, der Grundsatz der clausula rebus sic stantibus, findet sich in § 62 Abs. 1 BVG, wonach die nach diesem Gesetz zu leistenden Versorgungsbezüge neu festgestellt werden, wenn in den Verhältnissen, die für die Feststellung maßgebend gewesen sind, eine wesentliche Änderung eintritt. Ausdruck ähnlicher Erwägungen ist

1) Vgl. z. B. § 276 LAG, zuletzt idF. d. 11. Änderungsges. v. 29.7.59, wonach die Krankenversorgung entfällt, solange Krankenhilfe nach anderen gesetzlichen Bestimmungen gewährt wird oder Anspruch darauf besteht; das Prinzip der Vorteilsausgleichung gilt für die gesamte Leistungsverwaltung, für die soziale Ausgleichsverwaltung ist es die Regel: WOLFF, VR I, § 44 III c, S. 226; BGHZ 6, 295; OVG Hamburg MDR 54, 125 f; SCHMIDT, DÖV 57, 494; § 15 Flüchtlingsnotleistungsges. v. 6.6.55; § 23 Bundesleistungsgesetz vom 14.10.56; § 36 BVG; § 293 III LAG.

auch die Vorschrift des § 13 Abs. 1 BVFG, wonach Rechte und Vergünstigungen nach diesem Gesetz nicht mehr in Anspruch nehmen kann, wer in das wirtschaftliche und soziale Leben in einem nach seinen früheren wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen zumutbaren Maße eingegliedert ist (vgl. z.B. auch § 323 ZPO).

Das Prinzip der *clausula rebus sic stantibus* gebietet mithin, daß jede spätere wesentliche Veränderung in tatsächlicher oder rechtlichen Verhältnissen des Leistungsempfängers bei der Gewährung der Leistung zu berücksichtigen ist, da jede Entscheidung über eine Leistungsgewährung unter der stillschweigenden Voraussetzung des Fortbestehens der ihr zugrunde liegenden maßgebenden tatsächlichen Verhältnisse ergeht.

Allgemein ist im Sozialstaat ein Vordringen des Versorgungsprinzips auf Kosten der Prinzipien der Versicherung und Fürsorge unverkennbar. Die Folge davon ist die gesetzgeberische Standardisierung der Notstände und Hilfsaktionen und eine Nivellierung der staatlichen Leistungen. Man ¹⁾ hat verschiedentlich gefordert, die moderne Sozialpolitik solle die wirtschaftlichen Mittel eines Landes in eins rechnen, ihren Bestand mit der Bedürftigkeit der Glieder der Gesamtheit vergleichen, um daraus neue Prinzipien der Gerechtigkeit zu gewinnen. Wie weit das im einzelnen möglich ist, mag hier dahingestellt bleiben. Soviel ist aber richtig, daß die allmähliche Befriedigung der Individualausgleichsansprüche einer mehr und mehr präventiv (direkten oder indirekten) staatlichen Interessenförderung den Weg ebnet. "Die Prävention ist vom Standpunkt des Rechts aus das höhere, vom Standpunkt der Nützlichkeit und des praktischen Interesses des Einzelnen und der ganzen Volkswirtschaft aus das richtigere

1) ACHINGER, Soziale Sicherheit, S. 36 ff.

und wichtigere Ziel" 1).

§ 14: Unterscheidung nach der Leistungsart.

Mit der Unterscheidung der staatlichen Leistungen nach der Leistungsform überschneidet sich eine Unterscheidung nach der Leistungsart.

I. Die Geld- und geldeswerten Leistungen.

Der Bedeutung und dem Umfange nach stehen an der Spitze der staatlichen Leistungen die Geld- und geldeswerten Leistungen.

Sie zerfallen in

a) Geld- und geldeswerte Zuwendungen.

Die Zuwendungen selbst sind entweder

1. unmittelbare Zuwendungen. Sie können erfolgen durch

aa) Überweisung von Geld. Dazu sind insbesondere zu zählen die öffentlichen Mittel und Kapitalabfindungen:

zur Förderung des Wohnungsbaues (vgl. 2. Wohnungsbaugesetz vom 27.6.1956); öffentliche Mittel des Wohnungsbaues sind solche, die in den Haushalten der Gebietskörperschaften (Bund, Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände) zur Förderung des Wohnungsbaues für die breiten Schichten des Volkes bereitgestellt werden (§ 6 Abs. 1, 2. Wohnungsbaugesetz); zur Kapitalabfindung vgl. die §§ 72 - 80 BVG in der Fassung vom 19.1.1955; §§ 43 - 46 des Gesetzes zu Art. 131 GG vom 1.9.1953;

zur Förderung der Wirtschaft direkte 2) und indirekte 3)

1) WAGNER, Grundlegung der politischen Ökonomie, S. 910; Menger, Begriff und Wesen des soz. Rechtsstaats, S. 29

2) Öffentliche Geldzuschüsse

3) Zinsübernahme, Tarifiermäßigung, verbilligte Anlage- oder Betriebsmittelzuteilung

Subventionen, Ausgleichsabgaben usw.,
zur Förderung der Landwirtschaft (Zinsverbilligung von Darlehen,
Düngemittelsubventionierung, Frachtzuschüsse, Lieferprämien usw.),
zur Förderung der Jugend- und Gesundheitspflege,
zur Förderung der Einzelwirtschaften (Lastenausgleich, Kriegs-
folgegesetze usw.) und des Handels.

Die Überweisung von Geld selbst ist unterschieden danach, ob
sie erfolgt

- a 1) mit Rückzahlungsverpflichtung (Kreditierung), also Hergabe
von Geld oder Stundung von Geldforderungen unter Zurück-
zahlungsverpflichtung,
 - a 2) ohne Rückzahlungsverpflichtung (verlorener Zuschuß, Erlaß,
Dispensierung usw.),
 - bb) Verzicht auf Einnahmen. Dazu zählen insbesondere die zahl-
reichen Steuern- und Gebührenvergünstigungen (vgl. für den
Wohnungsbau z.B. die Grundsteuervergünstigungen, § 92 2. Woh-
nungsgesetz; § 4 Grunderwerbssteuergesetz vom 29.3.1940; §§ 7 a -
7 d Einkommenssteuergesetz usw.).
2. Mitteilbare Zuwendungen, z.B. Bereitstellung von Bauland zur
Förderung des Wohnungsbaues, vgl. § 89 Abs. 2 2. Wohnungsbau-
gesetz, § 1 Abs. 1 Baulandbeschaffungsgesetz vom 3.8.1953 und die
Aufbaugesetze der einzelnen Länder; Lockerung der Wohnraumbewirt-
schaftung, §§ 84, 86 2. Wohnungsbaugesetz.
- b) Die geldeswerte Gewährleistung. Sie bedeutet die staatliche
Verpflichtung zum Entstehen für Verbindlichkeiten von Lei-
stungsempfängern. Dazu sind namentlich zu rechnen öffentliche
Bürgschaften ¹⁾ und Gewährleistungen zur Förderung der Film-

1) E.R. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht II,
S. 253 f.

wirtschaft ¹⁾ und des Wohnungsbaues (§ 24 2. Wohnungsbaugesetz); vgl. auch die Gesetze über die Übernahme von Sicherheitsleistungen und Gewährleistungen der Wirtschaft vom 2.7.1951, (BGBl. I, S. 471) vom 9.6.1953 (BGBl. I, S. 380), vom 6.12.1954 (BGBl. I, S. 365) und Gesetz über eine Bundesbürgschaft für Kredite zur Förderung der Lebensmittelbevorratung vom 14.7.1951 (BGBl. I, S. 450).

II. Die nicht geldeswerten Leistungen des Staates.

Neben den Geld- und geldeswerten Leistungen stehen die nicht geldeswerten Leistungen des Staates (Realförderung). Nicht geldeswerte Leistungen sind

- a) der Erlaß von positive Interessenförderungen gebietenden Gesetzen,
- b) die Bereitstellung institutioneller Autorität durch den Staat, z.B. die Errichtung von Ämtern und Behörden und der staatliche Einsatz von Arbeitskräften,
- c) die vorrangige Begünstigung bei der Gewährung staatlicher Leistungen, z.B. die Bevorzugung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge ²⁾, die bevorrechtigte Zulassung zum Bezug bewirtschafteter Güter usw.

1) Vgl. IPSEN, Rechtsgutachten über das Verfahren und den Rechtsschutz bei Gewährung und Verweigerung von Ausfallbürgschaften des Bundes für Filmproduktionskredite vom 17.12.1951 (unveröffentlicht).

2) Vgl. Richtlinien vom 31.3.54, BA Nr. 68; § 74 BVFG vom 3.8.54 (BGBl. I, S. 231).

Sechster Abschnitt: Rechtsgrundsatz und Rechtssatz.

Die Exposition der Grundprinzipien der Leistungsverwaltung ist kein Selbstzweck. Ihren rechtspraktischen Wert erhält sie erst dann, wenn festgestellt ist, wie sie sich ihrem Geltungsumfang, ihrer Geltungskraft und Anwendbarkeit nach zu den Einzelrechtssätzen der Leistungsverwaltung verhalten, mit denen es der rechtsanwende Amtswalter in der Regel zu tun hat. Diese Frage ist Gegenstand der abschließenden Erwägungen ¹⁾.

§ 15: Das Verhältnis der Anwendbarkeit.

Was ihre Anwendbarkeit bei der Bewertung eines konkreten Lebenssachverhalts angeht, so verhalten sich Rechtsgrundsatz und Rechtssatz wie *lex generalis* zu *lex specialis*. Der Rechtsanwende Amtswalter darf daher nicht auf Grund eines allgemeinen oder besonderen Rechtsgrundsatzes entscheiden, wenn die zu bewertende Interessenlage den Tatbestand eines Einzelrechtssatzes erfüllt. Das hat mehrere Gründe:

- a) besteht eine widerlegbare Rechtsvermutung dafür, daß der Einzelrechtssatz mit dem Rechtsgrundsatz als dessen Konkretisierung nicht in Widerspruch steht,
- b) ist die Anwendung des Einzelrechtssatzes ein Gebot der Rechtssicherheit, weil eine auf Erfahrungssätzen beruhende tatsächliche Vermutung dafür, daß die rechtsanwendende Person die konkrete Interessenlage "richtiger", d.h. dem Rechtsgesetz in höherem Maße entsprechend, bewertet als der Gesetzgeber, nicht besteht ²⁾,

1) Die folgende Erörterung beschränkt sich auf ein Teilproblem, nämlich das Verhältnis von Rechtsgrundsatz und Einzelrechtssatz.

2) SCHAAD, Die allgemeinen Rechtsgrundsätze, S. 70

c) lassen die Rechtsgrundsätze (die die Verfolgung minderwertiger Interessen nur verbieten) mehrere Entscheidungsmöglichkeiten zu, weil sie zumindest direkt über die Art und Weise der Förderung der höherwertigen Interessen nichts aussagen. Darüber die Entscheidung zu treffen, ist dem geltenden Verfassungsrecht zufolge aber Aufgabe des Gesetzgebers und nicht der rechtsanwendenden Behörde.

Daß die Einzelrechtssätze vorrangig anzuwenden sind, ist der Regelfall. Ob ausnahmsweise die allgemeinen oder besonderen Rechtsgrundsätze für die Entscheidung des Interessenwiderstreits den Ausschlag geben, ist eine Frage ihrer Geltungskraft.

§ 16: Die Geltungskraft

gibt Aufschluß darüber, ob die Rechtsgrundsätze Einzelrechtssätze, die mit ihnen nicht in Einklang stehen, ersetzen können und wie hoch der Grad des Widerspruchs sein muß, damit der Einzelrechtssatz vom Rechtsgrundsatz verdrängt wird. Weil die allgemeinen und besonderen Rechtsgrundsätze dem Rechtsprinzip ihrer inhaltlichen Struktur und der Form nach näher stehen als die Einzelrechtssätze, sind sie höherrangig als diese und können sie im Einzelfall ausschließen ¹⁾. Den Rechtssätzen gegenüber genießen sie daher Geltungsvorrang. Damit ist nichts darüber gesagt, in welchen Fällen ein Rechtsgrundsatz den Einzelsatz kraft seines Geltungsvorranges ausschließt. Fest steht, daß zwischen beiden wenigstens teilweise ein Widerspruch bestehen kann ²⁾. Er ist möglich einmal deswegen, weil die Rechtsgrundsätze durch Einzelsätze selten vollkommen zu verwirklichen sind ³⁾. Die allgemeinen und besonderen Rechtsgrundsätze sind wegen ihrer

1) WOLFF, Rechtsgrundsätze, a.a.O., S. 47;
SCHAAD, a.a.O., S. 49 f.

2) A.A. zu Unrecht DEL VECCHIO, Die Grundprinzipien des Rechts, S. 20, S. 50

3) SCHAAD, a.a.O., S. 71

strukturell und formal engeren Relation zum Rechtsgesetz in höherem Grade von den komplexen soziologischen Interessensachverhalten abstrahiert, als die Einzelrechtssätze. Darauf beruht ihr Geltungsvorrang. Das ist aber auch ursächlich dafür, daß die Einzelsätze wegen ihrer im Gegensatz zu den Prinzipien konkreten Finalität in Auseinandersetzung mit den sozialen Gegebenheiten an rechtsprinzipfremden oder -indifferenten Maßstäben ausgerichtet sein und deshalb einem Rechtsgrundsatz zuwiderlaufen können. Diese Gefahr ist dann höher, wenn es um die Umsetzung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes in einen Rechtssatz geht, weil die besonderen Rechtsgrundsätze schon selbst auf bestimmte soziologische Tatbestände unmittelbar Bezug nehmen, indem sie sie voraussetzen. Das mindert die Gefahr eines Widerspruchs zwischen ihnen und den Einzelsätzen zumindest innerhalb des beiden gemeinsamen Rechtsgebiets, weil dann auch die Einzelrechtssätze dieselben Interessenlagen zur Inhaltsgrundlage machen dadurch, daß sie sie zum Tatbestandsmerkmal erheben oder sie als über ihre Anwendung entscheidende Bedingungen voraussetzen.

Aus der Tatsache möglichen Widerspruchs zwischen Rechtssatz und Rechtsgrundsatz den Schluß zu ziehen, daß die durch den Rechtssatz getroffene Regelung allemal unbeachtlich sei, wäre falsch. Manchmal funktionieren Grundsätze nämlich erst dann, wenn sie sachgerecht durchbrochen werden. Mit Rücksicht auf den Rechtswert der Rechtssicherheit, der mit dem Gerechtigkeitsprinzip in einem ständigen Spannungsverhältnis steht, kann es geboten sein, den objektiv minderwertigen Interessen wenigstens zeitweise den Vorzug zu geben. Allerdings ist das nur scheinbar der Fall, da der Rechtswert der Rechtssicherheit selbst eine Funktion des Gerechtigkeitsprinzips insofern ist, als er den Maßstab für die Scheidung kollidierender Interessen in vorzugswürdige und nicht vorzugswürdige liefert. Um feststellen zu können, wann ein Einzelrechtssatz wegen Widerspruchs (Dissonanz) zu einem höherrangigen Rechtsgrundsatz faktisch außer Kraft tritt, virtuell wird die im Einzelrechtssatz enthaltene Interessenbewertung häufig intakt gehalten, indem der Gesetzgeber den Begriff der Härte in

den Einzelsatz einbaut ¹⁾, muß ein Kriterium gefunden werden, mit dessen Hilfe in jedem Einzelfall die Geltung des Einzelsatzes mit Sicherheit zu verneinen oder zu bejahen ist.

Die mancherorts vertretene Ansicht, der rechtsanwendende Amtswalter könne die Einzelregelung übergehen, wenn sie in "klarem Gegensatz zu erkennbaren Gerechtigkeitsprinzipien ²⁾" stehe, wenn sie aus Willkürgesichtspunkten erwachsen sei ³⁾ oder durch sachgemäße Erwägungen nicht gerechtfertigt werden könne ⁴⁾, hilft nicht weiter. Sie ist zu unbestimmt, weil sie selbst wieder auf variable Maßstäbe verweist. Das gesuchte Kriterium muß objektiv und bestimmt sein. Wegen der vielfältigen Entscheidungsmöglichkeiten, die das Rechtsprinzip zuläßt, erweist sich, daß das Abgrenzungsmerkmal nur ein negativer Grenzwert sein kann, auf Grund dessen zu ermitteln ist, welche Gesetze wegen Widerspruchs zum Rechtsgrundsatz auf keinen Fall beachtlich sind, ohne daß damit ausgeschlossen ist, daß sie bei Hinzutreten bestimmter Umstände doch noch anwendbar sind. Sicher geltungsunfähig sind Einzelregelungen, welche Interessen bevorzugt berücksichtigen, die unter keinen denkbaren Lebensumständen die gegenüber anderen vorzugswürdigen sind. Das ist dann der Fall, wenn ihre vorzugsweise Begünstigung gerade denjenigen Rechtswert hintansetzen würde, den die im Spiele befindlichen Interessen intendieren. Dabei muß der intendierte Rechtswert unmittel-

1) ESSER, Grundsatz und Norm, S. 329; MESSNER Naturrecht im pos. Recht, Österr. Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. IX H. 2, S. 135; vgl. z.B. § 20 BuEvGes. vom 14.7.1953 i.d.F. vom 5.10.57; § 301 LAG vom 14.8.1952 i.d.F. 8. Änderungsgesetzes vom 26.7.1957; § 89 BVG

2) So COING, Rechtsphilosophie, S. 258

3) COING, a.a.O.; SCHAAD, a.a.O., S. 71

4) SCHAAD, a.a.O., S. 71

bar, d.h. ohne weitere gedankliche Voraussetzungen und objektiv erkenntnisgewiß sein. Dazu ein Beispiel: Ein Gesetz, das den Verbrauch von Trinkwasser nur für bestimmte Monate im Jahr gestattet, wäre ungültig. Die bevorzugten Interessen des Staates oder irgendeines anderen Interessenträgers könnten in keinem Fall die objektiv höherwertigen sein, weil die Verletzung des intendierten Rechtswerts, der Würde des Menschen, unter keinen denkbaren soziologischen Gegebenheiten gerechtfertigt wäre. Betroffen sind allerdings (einschränkend) nur diejenigen Rechtswerte, die das personale Sein des Menschen bedingen (Würde, Freiheit), nicht diejenigen, die es gestalten (Treu und Glauben, die guten Sitten usw.). Damit steht fest, daß die Rechtssätze, die Ausdruck vorwiegend politischer oder sonst welcher nicht rechtsprinzipieller Grundwertungen sind, gültig sind, wenn sie nur mit den personenbezogenen Elementarrechtswerten konsonieren. Die Übereinstimmung mit diesen Rechtswerten ist also das gesuchte objektive, weil zeitlich und örtlich unwandelbare Kriterium, nach dem sich entscheidet, welche Durchbrechungen der Rechtsgrundsätze im geltenden Recht noch zu beachten sind und welche nicht.

Lebenslauf

Am 27. September 1935 wurde ich als Sohn des Senatspräsidenten Dr. Ernst Lepsien und seiner Ehefrau Ursula, geborene Eichert, in Hamm /Westf. geboren.

Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Am 5. März 1955 legte ich die Reifeprüfung am Staatlichen altsprachlichen Gymnasium zu Hamm/Westf. ab. Vom Sommersemester 1955 an studierte ich acht Semester Rechtswissenschaft an den Universitäten Hamburg (ein Semester), Heidelberg (zwei Semester) und Münster (fünf Semester).

Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 25. April 1959.

Seit dem 8. Mai 1959 bin ich als Referendar im juristischen Vorbereitungsdienst tätig.

